

MORALIDADE ADMINISTRATIVA, UM CONCEITO OBSCURO

ADMINISTRATIVE MORALITY, A BLURRY CONCEPT

Leonardo Simchen Trevisan

*Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Advogado*

RESUMO: Este trabalho tem por objeto de estudo o princípio constitucional da moralidade administrativa e a sua materialização mais visível no plano infraconstitucional, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92). O princípio da moralidade administrativa é analisado quanto ao seu desenvolvimento histórico e seu conteúdo dogmático, tendo-se em conta as tentativas de compreensão e de aplicação desse princípio na doutrina e jurisprudência brasileiras. A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, é trabalhada em seus aspectos mais importantes, culminando com a análise dos diferentes tipos de atos de improbidade administrativa. O objetivo da investigação é o de contribuir, mediante clareza conceitual, para a melhor compreensão e aplicação do princípio da moralidade.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Administração Pública. Moralidade Administrativa. Lei de Improbidade Administrativa.

ABSTRACT: This paper studies the constitutional principle of administrative morality and its most conspicuous materialization within an infra-constitutional scope, the Administrative Improbability Act. The principle of administrative morality is analyzed in terms of its historical development and its dogmatic content, taking into account the various attempts to understand and apply this principle according to Brazilian doctrine and jurisprudence. In turn, the Administrative Improbability Act is worked up in its most important aspects, culminating in the analysis of the various kinds of administrative improbity acts. This research aims to contribute, through conceptual clarity, to a better understanding and application of the principle of administrative morality.

Keywords: Constitutional principles. Public administration. Administrative morality. Administrative Improbability Act.

Enviado em: 13-03-2021

Aceito em: 30-03-2021

1 INTRODUÇÃO

Um princípio obscuro do ordenamento constitucional brasileiro, a moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil) vem ganhando cada vez mais destaque no noticiário e na prática jurídica. Não se trata, está claro, de fato surpreendente: em um país como o Brasil, onde a lógica patrimonialista sempre foi muito forte e as fronteiras entre público e privado pouco visíveis, circunstâncias que culminaram em um quadro histórico de corrupção e má utilização de prerrogativas por parte dos agentes públicos, um princípio constitucional como o da moralidade e uma legislação infraconstitucional tendente a coibir esse tipo de abuso (com destaque para a Lei de Improbidade Administrativa) assumem especial relevância. É, contudo, imperioso que se trabalhe clareza em relação ao conceito de moralidade administrativa, tanto para garantir a efetividade desse princípio quanto para evitar uma possível “caça às bruxas” decorrente da arbitrariedade na sua aplicação.

Os problemas envolvidos na interpretação e na aplicação desse princípio não decorrem apenas da evidente abertura semântica do vocábulo “moralidade”; trata-se de um elemento novo em nosso ordenamento jurídico – com a moralidade administrativa, o constituinte de 1988 introduziu uma noção estranha à tradição jurídica nacional, sobre a qual é impossível buscar referências no direito comparado.– Embora o conceito de moralidade administrativa seja originário da França, a doutrina francesa entendia-o em um sentido diverso daquele que lhe foi emprestado no Brasil; além disso, a ideia malogrou em seu país de origem, rechaçada pela jurisprudência do Conselho de Estado e posteriormente abandonada pela doutrina. Nenhuma outra nação conhecida possui, ao lado do Brasil, a previsão constitucional de um princípio da moralidade administrativa.

O referido princípio constitui, assim, um campo de estudo extremamente fértil. Na intenção de por ele enveredar, o presente trabalho encontra-se dividido em duas seções complementares, além de introdução e conclusão.

A primeira trata da questão específica da moralidade administrativa. Ela está dividida em duas partes. Uma delas é dedicada ao desenvolvimento histórico da ideia de moralidade, na qual é exposta a origem francesa desse conceito e seus posteriores desdobramentos no âmbito da doutrina brasileira, até chegar-se à Constituição de 1988, que consagra expressamente a moralidade

administrativa como princípio constitucional. A outra é dedicada à definição e ao conteúdo dogmático desse princípio; nela estão expostas as tentativas da doutrina nacional no sentido de defini-lo e emprestar-lhe um conteúdo dogmático, tentativas essas que, não raras vezes, dizem pouco e, assim, mostram-se insuficientes para esclarecer o conceito de moralidade.

A segunda seção versa sobre o diploma legal que, de forma mais nítida, concretiza o princípio da moralidade administrativa no plano infraconstitucional: a Lei n. 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. Também aqui há uma divisão em duas partes. A primeira trata de aspectos especialmente importantes dessa lei, quais sejam, a relação entre moralidade e probidade e a natureza jurídica do ato ímprobo. A segunda gira em torno das espécies de improbidade administrativa; nela são analisados os três tipos de atos de improbidade previstos na Lei n. 8.429/92.

O método utilizado na presente investigação é o hipotético-dedutivo. Por sua vez, a justificativa do tema entende-se, em certa medida, como autoevidente, face à grande importância da definição de critérios para a aplicação de um princípio constitucional tão relevante e, ao mesmo tempo, tão nebuloso quanto o da moralidade administrativa. Espera-se que, ao final da investigação, possa ser prestada uma contribuição nesse sentido, embora nos limites já traçados.

2 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Objetiva-se, na presente seção, analisar de modo amplo a noção de moralidade administrativa. Para isso, serão inicialmente tecidas breves considerações sobre o desenvolvimento histórico dessa ideia e, a seguir, será abordada a questão do conceito e do conteúdo da moralidade, com atenção aos seus contornos atuais no direito brasileiro.

2.1 O SURGIMENTO DA IDEIA DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A exemplo de inúmeros conceitos presentes no direito administrativo brasileiro, a ideia de moralidade administrativa tem origem francesa. O primeiro a tratar desse conceito foi Maurice Hauriou, já no início do século XX. A ideia de moralidade administrativa, como concebida pelo célebre jurista francês, tinha

por objetivo ampliar a possibilidade de controle jurisdicional do ato administrativo, que até então só poderia ser objeto de controle por meio de sua legalidade. (GIACOMUZZI, 2002, p. 50).

Melhor explicando: na sua origem, a ideia de moralidade administrativa estava ligada ao instituto do “desvio de poder” (ou “desvio de finalidade”), situação que se verifica “quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público”. (MEIRELLES, 2012, p. 117-118). No pensamento de Hauriou, a moralidade administrativa permitiria o controle jurisdicional da finalidade do ato, ultrapassando-se, com isso, o mero controle da legalidade, que, à época, em face das suas limitações, não poderia adentrar a esfera da discricionariedade do administrador. (GIACOMUZZI, 2002, p. 49-50).

Hauriou concebe, ainda, essa moralidade como uma “moralidade objetiva”, ou seja, a ideia de que a Administração Pública deve cumprir uma determinada função, podendo ver declarados, pelo Conselho de Estado, como ilícitos os seus atos cujos motivos não sejam compatíveis com a finalidade geral da função administrativa. Essa moralidade objetiva constitui o ponto central da ideia de “boa administração”, que, segundo Hauriou, corresponderia à boa-fé do direito civil alemão. (GIACOMUZZI, 2002, p. 68).

As noções de “boa administração” e “moralidade administrativa” surgem, assim, como elementos objetivos que permitiriam o controle dos elementos subjetivos da atuação do administrador. (GIACOMUZZI, 2002, p. 82). A moralidade administrativa, como concebida por Hauriou, é uma “moralidade objetiva”, ou seja, uma moralidade própria da Administração Pública, “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”. (GIACOMUZZI, 2002, p. 84).

Henri Welter, um dos principais discípulos de Hauriou, traz, como exemplos de violação à moralidade administrativa, diversos casos julgados pelo Conselho de Estado: em um deles, o Conselho de Estado anulou ato de um prefeito que havia proibido um determinado conjunto musical de apresentar-se em via pública, proibição que teria sido motivada não pela necessidade de manutenção da tranquilidade e do sossego, mas por ressentimento pessoal, de viés político, do próprio prefeito. Em outro exemplo, a mesma corte determinou a anulação do ato de suspensão emitido pelo prefeito em relação a um agente de polícia que

havia provocado a condenação de uma pessoa que o prefeito não desejava ver condenada. (GIACOMUZZI, 2002, p. 81-83).

Tanto no primeiro quanto no segundo caso pode-se verificar claramente a vinculação entre as ideias de moralidade administrativa e desvio de finalidade. Não havia, contudo, menção à expressão “moralidade administrativa” na jurisprudência do Conselho de Estado, ou seja, essa corte desenvolveu a teoria do desvio de finalidade sem que, para isso, precisasse do conceito de moralidade administrativa. Apesar dos trabalhos de Hauriou e seus discípulos, notadamente Welter, a moralidade administrativa permaneceu, na França, como um conceito doutrinário, não encontrando eco na jurisprudência do Conselho de Estado. O pretense “controle da moralidade administrativa” desenvolveu-se, então, como um “controle do desvio de poder”. (GIACOMUZZI, 2002, p. 83-84).

Posteriormente, o conceito de moralidade administrativa foi encampado pelo de legalidade, quando se passou a entender a legalidade em um sentido mais amplo, admitindo-se que se referia não só ao objeto do ato, mas também aos seus motivos. O próprio Henri Welter teorizou que a legalidade, se considerada em sentido lato, poderia abarcar a ideia de moralidade. Esse alargamento do conceito de legalidade foi o “tiro de misericórdia” na ideia de moralidade administrativa; a tentativa de determinar um conteúdo autônomo a ela fracassou, e a ideia, que já havia sido rejeitada pelo Conselho de Estado, foi então abandonada pela doutrina francesa. O controle da moralidade administrativa naquele país está, atualmente, no controle da legalidade interna do ato administrativo, ou, de forma mais precisa, na legalidade interna em razão dos motivos do ato. O desvio de poder fica, assim, caracterizado como uma espécie de ilegalidade. (GIACOMUZZI, 2002, p. 108-112).

Tudo isso explica o pouco crédito dado à noção de moralidade administrativa ali mesmo, na França, onde fora elaborada. De certo porque, além de vaga, mostrou-se desnecessária ao controle do desvio de poder, fundado no princípio da legalidade, especialmente quando este se viu ampliar, passando a constituir exigência de legalidade substancial e não mais de legalidade formal. A compreensão do princípio da legalidade como exigência de juridicidade, *i.e.*, de conformidade com o direito e não só com a lei, se impôs, ao longo do século XX, na França, razão suficiente para que a ideia de moralidade administrativa fosse descartada. (BARBOZA, 2002, p. 96).

No Brasil, a doutrina anterior à Constituição de 1988, inspirada por Hauriou e seus discípulos, já mencionava, ainda que timidamente, a ideia de moralidade

administrativa. Além disso, a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65) expressamente instituiu, em seu art. 2º, alíneas “d” e “e”,¹ a possibilidade de controle, mediante ação popular, dos atos administrativos nos casos de “inexistência dos motivos” e “desvio de finalidade”, justamente as hipóteses que a doutrina francesa entendia como expressão da imoralidade administrativa. De qualquer forma, porém, a expressão “moralidade administrativa”, antes da Constituição de 1988, era escassamente utilizada na doutrina brasileira. (GIACOMUZZI, 2002, p. 119-125).

Hoje, naturalmente, o panorama é diverso. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, prevê, em seu art. 5º, inciso LXXIII,² dispositivo inserido no Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), a legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular tendente a combater ato lesivo, dentre outros interesses análogos, à moralidade administrativa. Mais adiante, em seu art. 37, *caput*,³ dispositivo inserido no Capítulo VII (“Da Administração Pública”) do Título III (“Da Organização do Estado”), a Constituição põe a moralidade como um dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública, ao lado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. São esses os dois dispositivos constitucionais que fazem alusão à moralidade administrativa.

Diante do exposto anteriormente, não deixa de ser curioso observar que o constituinte de 1988 optou por valer-se de uma expressão raramente utilizada na doutrina brasileira e que havia inclusive se tornado obsoleta em seu próprio país de origem, a França, de forma que o Brasil é, hoje, a única nação conhecida que possui um “princípio da moralidade” em seu texto constitucional. (GIACOMUZZI, 2002, p. 137). Vale dizer, inseriu-se na Constituição um conceito que não encontrava respaldo na tradição jurídica brasileira, que havia malgrado em seu país de origem e que não se encontra presente em nenhum outro texto

¹ “Art. 2.º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.”

² “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

constitucional de que se tenha notícia. A pergunta óbvia que se impõe é: por quê? Vejamos o que diz Giacomuzzi (2002, p. 135):

A mim não resta dúvida na resposta: deveu-se ao momento histórico no qual veio inserida a nossa nova Constituição Federal. A palavra “moralidade” ecoa forte. Traz consigo – e aqui há um certo abandono do cientificismo – uma ideia de justiça para além da lei. O país saía de regime autoritário de mais de 20 anos. Nesse diapasão, podemos, sem dúvida, dizer que a Constituição Brasileira de 1988 refletiu, no seu texto, muitas das aspirações democráticas modernas. Devia ser assim. Olhos no passado recente de menosprezo e desrespeito, por parte do Estado, a direitos do cidadão, inequivocamente pretendeu o legislador constituinte romper com o modelo autoritário posto até então, e nesse afã fez consagrar, no seu art. 5º, inúmeros direitos fundamentais, já tendo o referido artigo sido apontado como o ponto alto e mais libertário da nova Constituição Federal.

Uma opinião semelhante pode ser encontrada em Franco Sobrinho (1993, p. 07-08), para quem o controle da moralidade, após o advento da Constituição de 1988, conduziria a uma melhor organização administrativa, superando-se o excessivo arbítrio governamental e a dissociação entre o exercício da função pública e as premissas morais, características marcantes do regime anterior.

Segundo Barboza (2002, p. 120), embora a fórmula conceitual do princípio da moralidade administrativa não seja adotada em outros países, tal circunstância não impede que neles se reconheça a exigência de um comportamento ético por parte da Administração Pública. Contudo, a positivação desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, longe de ser supérflua, afigura-se realmente proveitosa; ao mesmo tempo em que se explicita essa exigência, a moralidade adquire um perfil autônomo, distinto dos demais princípios que orientam a atuação administrativa.

Com efeito, após a introdução da moralidade administrativa como princípio constitucional, a doutrina e a jurisprudência nacionais passaram a debruçar-se sobre ela, no escopo de estabelecer um conceito e um conteúdo jurídico mínimo a esse princípio. Avança-se, com isso, a um novo tópico.

2.2 DEFINIÇÃO E CONTEÚDO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Definir a moralidade administrativa é uma tarefa gigantesca, para dizer o mínimo. A seguir, serão colacionados diversos conceitos, cada um deles formula-

do por um autor distinto, todos de indubitável relevância na doutrina brasileira. As críticas pertinentes serão feitas em momento posterior.

Começamos com a definição de moralidade administrativa apresentada por Juarez Freitas (2009, p. 87-88, grifo do autor):

Segundo tal princípio constitucional, estão **vedadas condutas eticamente transgressoras do senso moral médio superior da sociedade**, a ponto de não comportarem condescendência ou leniência. Exige-se a "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé". **Não se confunde, está claro, a moralidade pública com o repulsivo moralismo, este último intolerante, imoral e não-universalizável, por definição.** Decerto, o princípio determina que se trate a outrem do mesmo modo ético pelo qual se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso, honesto e leal. O "outro", aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos sejam contemplados e controlados à base do dever de a Administração Pública observar, com pronunciado vigor e com a máxima objetividade possível, os referenciais valorativos da Constituição. Tudo no combate contra qualquer modalidade de corrupção ou de lesão exclusivamente moral e imaterial provocada por intermédio das condutas omissivas ou comissivas dos agentes públicos, destituídas de probidade ou honradez.

Segundo essa definição, a moralidade administrativa estaria violada quando se verificasse uma conduta incompatível com o senso moral médio da sociedade, apesar do cuidado que se deve ter para não incorrer na intolerância do moralismo. O fundamental é que o administrador deve dispensar ao outro, no caso, à própria sociedade, tratamento idêntico ao que esperaria receber, um preceito moral de longa tradição.⁴ Faz-se também uma alusão aos padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, na mesma direção apontada pelo art. 2º, parágrafo único, inciso IV da Lei n. 9.784/99,⁵ a Lei de Processo Administrativo.

No mesmo sentido, Mello (2012, p. 122-123, grifo do autor) assim define o princípio da moralidade administrativa:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao

⁴ Segundo narra o Evangelho de Mateus, Jesus de Nazaré enunciou tal preceito entre as derradeiras exortações do Sermão da Montanha: "Tudo aquilo, portanto, que quereis que os homens vos façam a vós, fazei-o também vós a eles. Nisso consiste a lei e os profetas." (Mateus 7, 12). Passagem análoga pode ser encontrada no Evangelho de Lucas: "Do mesmo modo como quereis que os homens vos tratem, tratai vós também a eles." (Lucas 6, 31). (BÍBLIA SAGRADA, 1967).

⁵ "Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;"

próprio Direito, configurando **ilicitude** que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de **pauta jurídica**, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da **lealdade e boa-fé** [...]. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Da supracitada definição, pode-se depreender a necessidade de que o agir administrativo seja guiado por determinados padrões éticos, sob pena de invalidade do ato. Ele engloba as exigências de lealdade e boa-fé, havendo aqui uma nítida aproximação ao princípio da proteção à confiança.

A seguir, o conceito apresentado por Meirelles (2012, p. 90-91, grifo do autor):

A **moralidade administrativa** constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). 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 sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da 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, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a **moral administrativa** é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Aqui, é retomada a ideia da moralidade como pressuposto de validade do ato administrativo, bem como mencionada a concepção de Hauriou, no sentido de que essa seria uma moral jurídica, uma moral inerente à própria Administração, e não a moral comum. É também repetida a ideia de que o agir administrativo deve guiar-se pelo elemento ético, notadamente pela honestidade, já que nem tudo aquilo que é legal é necessariamente honesto. Ainda de acordo

com essa definição, a moral administrativa está ligada à ideia de bem comum, a finalidade de todo o agir da Administração.

Nas três definições acima apresentadas, duas particularidades podem ser vistas com clareza: a referência a expressões como “lealdade”, “honestidade”, “probidade” e “boa-fé” com o objetivo de tornar mais palpável o conceito de moralidade administrativa e a polêmica acerca da natureza dessa moralidade, se a de uma “moral comum” ou a de uma “moral jurídica”. Buscar-se-á, doravante, enfrentar essas duas questões, a começar pela segunda.

Como já mencionado, Hely Lopes Meirelles concebe a moralidade administrativa como vinculada a uma moral jurídica, ou seja, como aquelas regras extraídas da disciplina interior da Administração, consoante o ensinamento, também já referido, de Maurice Hauriou. Essa também é a concepção adotada por Silva (2009, p. 668): “A ideia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica.” Mello (2012, p. 123) parece ir em uma direção semelhante quando sustenta não ser suficiente uma violação à moral social para que seja violado o princípio da moralidade administrativa, sendo necessário, para tanto, a violação a uma norma moral que acarrete menosprezo a um bem tutelado juridicamente. Finalmente, dentre os adeptos da ideia de “moral jurídica”, cita-se Franco Sobrinho (1993, p. 21), que a define como uma moral que transcende conjecturas particulares e preconceitos pessoais, tendo por escopo estabelecer regras comuns, iguais e comutativas, respeitando-se a ordem natural das coisas.

Em sentido contrário, Juarez Freitas defende, como já mencionado, que condutas ofensivas à moralidade administrativa são aquelas que afrontam o senso moral da sociedade. Explicita o autor:

O princípio da moralidade, no campo das relações administrativas, não há de ser entendido como o conjunto de máximas deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, significa bem mais: diz com os padrões éticos superiores de determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite, no âmbito da gestão pública, a universalização daquelas máximas de conduta que conduzem ao perecimento dos liames sociais, axiologicamente. (FREITAS, 2009, p. 89-90).

Di Pietro (2013, p. 79), em igual sentido, sustenta que mesmo aqueles comportamentos que sejam ofensivos à moral comum implicam ofensa ao prin-

cípio da moralidade administrativa, assinalando, ainda, que não só o administrador público deve observar esse princípio; deve fazê-lo também o particular que se relacione juridicamente com a Administração Pública. Giacomuzzi (2002, p. 167-169), por sua vez, faz uma crítica contundente à pretensa separação entre moral comum e moral administrativa, assinalando que, embora tal distinção seja frequente na doutrina, nenhum dos autores que a utiliza mostra a devida preocupação em estabelecer definições nem para uma nem para outra, o que favoreceria a subjetividade. Conclui o referido autor:

Daí que não vejo razão em continuar-se invocando a lição de que “a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum”, ou mesmo de que a moralidade administrativa se consubstancia “no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Dizer isso é dizer pouco, em palavras, e nada, em significado. Invocar tais “máximas” é esvaziar, em conteúdo, o discurso jurídico racional, lembrando-se de que num tal discurso se apoia a legitimidade do Direito. (GIACOMUZZI, 2002, p. 173).

Há, aqui, uma referência ao pensamento de Robert Alexy, que trabalha com a teoria do discurso racional, teoria essa que tem por objetivo uma institucionalização da razão no âmbito do sistema jurídico, em medida tão alta quanto possível. A legitimidade do direito depende, de acordo com Alexy (2011, p. 19-20), da união da dimensão fática ou institucional com a dimensão ideal ou discursiva.

De fato, não se verifica entre os autores que trabalham com a divisão entre moral comum e moral jurídica (ou moral administrativa) um maior aprofundamento desses conceitos. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, limita-se a reproduzir a fórmula de Hauriou, no sentido de que a moral administrativa estaria em um conjunto de regras extraídas da organização interna da Administração. A crítica de José Guilherme Giacomuzzi, no sentido de que isso é muito pouco, revela-se, portanto, procedente. O prejuízo à clareza conceitual é manifesto.

Esse é o mesmo problema subjacente à primeira questão levantada. Quando se busca dar um conteúdo à moralidade administrativa por meio do recurso a expressões como “probidade”, “honestidade”, “lealdade” e “boa-fé”, logo surge a necessidade de perguntar: o que é “probidade”? O que é “honestidade”? O que é “lealdade”? O que é “boa-fé”? Troca-se um problema por outro, ou seja, o problema da definição e do conteúdo da moralidade passa a ser o da definição

e do conteúdo das próprias expressões que pretensamente deveriam defini-la e dar-lhe um conteúdo. Não parece ser esse o melhor caminho.

Maffini (2006, p. 49-50) coloca o problema da seguinte forma:

Não é singela a tarefa de definir o que seja a moralidade administrativa, mesmo que na despreziosa incumbência de se lhe conferir um significado jurídico mínimo. [...] Em relação ao seu conteúdo jurídico mínimo, a já mencionada dificuldade de sua compreensão se dá pela impossibilidade de se definir o princípio senão por fórmulas teóricas deveras abstratas, que, por certo, não contemplam toda a riqueza das situações cotidianas que, na Administração Pública, devem ser interpretadas na perspectiva da moralidade administrativa. Com efeito, é comum surgirem casos concretos em que, mesmo à luz dos conceitos habitualmente considerados, não se consegue constatar se a moralidade administrativa foi ou não observada.

Ao problema da vagueza semântica dessas expressões soma-se a questão do âmbito de incidência do princípio da moralidade. Com efeito, é extremamente difícil, talvez até impossível, encontrar um caso em que se possa dizer que há uma violação tão somente à moralidade administrativa, sem que se possa vislumbrar uma ofensa a qualquer outro princípio. Essa ideia será analisada mais detalhadamente a seguir.

Começamos pela relação entre moralidade e legalidade. Como já referido, a ideia de moralidade administrativa, em sua origem na doutrina francesa do início do século XX, nasceu atrelada ao instituto do desvio de poder, cujo controle passou, posteriormente, a ser entendido como expressão da legalidade em sentido amplo. Isso mostra que a relação entre moralidade e legalidade sempre foi muito próxima, permanecendo até hoje a dificuldade em distinguir uma da outra. Há quem defenda inclusive a ausência de autonomia da moralidade em face da legalidade; Eros Grau (2006), por exemplo, chega ao ponto de sustentar que “esteja confinado, o questionamento da moralidade da Administração, nos lindes do desvio de poder ou de finalidade. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da legalidade pura e simples.”⁶

⁶ Trecho do voto proferido pelo relator, Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI 3026/DF pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, datado de 08.06.2006. Transcreve-se parcialmente a ementa do julgado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. ‘SERVIDORES’ DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. [...]. 11. **Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de**

Contrariamente a esse entendimento, Di Pietro (2013, p. 78-79) assinala que, diante do direito positivo brasileiro, o princípio da moralidade administrativa não pode ser identificado com o da legalidade, uma vez que a própria Constituição mencionou-os como princípios autônomos, além da menção expressa à moralidade e à probidade administrativa em vários dispositivos legais. E conclui: a moralidade administrativa não se identifica com a legalidade “porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei”. (DI PIETRO, 2013, p. 79).

Também no sentido da autonomia da moralidade diante da legalidade, Silva (2009, p. 668) assevera ser possível o desfazimento de um ato legal por vício de imoralidade, argumentando para isso que a lei pode ser cumprida de forma moral ou imoral; havendo, por exemplo, prejuízo deliberado ou favorecimento explícito a alguém na aplicação da lei, o ato pode ser formalmente legal, mas será materialmente viciado, em razão da afronta à moralidade administrativa.

Ainda no sentido de uma desvinculação entre os princípios da moralidade e da legalidade, mostra-se deveras esclarecedor o exemplo trazido por Medauar (2008, p. 126): “em momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para ‘servir’ autoridades, mesmo que tal aquisição se revista de legalidade”.

Além da legalidade, cuja vinculação à moralidade pode ser vislumbrada desde a origem dessa ideia, o princípio da moralidade administrativa guarda relações próximas com outros princípios previstos no *caput* do art. 37 da Constituição. Colhe-se, mais uma vez, o ensinamento de Medauar (2008, p. 124):

Os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade apresentam-se intrincados de maneira profunda, havendo, mesmo, instrumentalização recíproca – assim, a impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade; a publicidade, por sua vez, dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade; a moralidade administrativa, de seu lado, implica observância da impessoalidade e da publicidade.

Aqui, não é difícil imaginar exemplos; a prática do nepotismo (corriqueira no Brasil durante muito tempo), além de uma violação ao princípio da impessoalidade, representa clara ofensa ao princípio da moralidade. Nesse ponto, pode-se

dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

vislumbrar também um caráter dinâmico da moralidade; há algumas décadas o nepotismo não era visto como algo imoral, ao passo que, hoje, certamente o é. Além disso, atos secretos da Administração afrontam tanto o princípio da publicidade quanto o da moralidade. Generalizando-se um pouco mais, pode-se dizer que todos os atos da Administração que impliquem um favorecimento injustificado ou um prejuízo deliberado a alguém, assim como aqueles atos que não respeitem o dever de transparência, são *de per se* imorais.

Para fechar o rol dos princípios norteadores da atividade da Administração Pública inscritos no artigo 37, *caput*, da Constituição, resta mencionar a relação entre os princípios da moralidade administrativa e da eficiência. Aqui, pode-se dizer que o princípio da eficiência, ao voltar-se para a necessidade da melhor utilização possível dos recursos públicos disponíveis, evitando-se desperdícios e garantindo-se, com isso, um melhor retorno desses recursos à sociedade, expressa o dever de boa administração e, com isso, caminha na mesma direção do princípio da moralidade administrativa. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 87-88).

O princípio da moralidade tem estreitas conexões com muitos outros princípios. Há quem defenda, diante disso, que o referido princípio corresponderia a uma espécie de “superprincípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios)”. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 31). De acordo com essa teoria, o princípio da moralidade administrativa seria, entre os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, o mais singular e o mais importante, por constituir o elemento enformador desses princípios, apesar da necessária coexistência deles no ato administrativo. A moralidade seria, assim, o pressuposto lógico de todo o agir da Administração Pública, e uma prova de sua relevância especial seria o fato de que, nos incisos e parágrafos do artigo 37 da Constituição, ela estaria prevista implicitamente. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 31-32).

Essa tentativa parece aproximar a moralidade administrativa do conceito de “sobreprincípio”, tal como exposto na teoria de Ávila (2013, p. 143), segundo a qual alguns princípios, como o do Estado de Direito e o da segurança jurídica, seriam sobrenormas caracterizadas por influenciar outras normas no plano semântico e axiológico. Tais sobrenormas, contudo, não se confundem com as metanormas, os postulados normativos aplicativos, que correspondem a normas destinadas a instituir critérios para a aplicação de outras espécies normativas.

Na direção contrária, Giacomuzzi (2002, p. 162) critica a ideia de um “sobrepincípio” da moralidade administrativa; segundo esse autor, a tentativa de preencher o conteúdo do princípio da moralidade com os outros princípios não contribui para a sua autonomia e, ao mesmo tempo, revela um desprezo pelo conteúdo jurídico dos outros princípios que nela são embutidos, manifestando-se, com isso, descrédito em relação à força normativa desses princípios e da própria Constituição.

Como resolver, então, o problema do conteúdo do princípio da moralidade? Giacomuzzi (2002, p. 189), na tentativa de solucioná-lo, faz inicialmente uma distinção entre a moralidade administrativa prevista no artigo 5º, LXXIII da Constituição e a prevista no artigo 37, *caput*, da referida Carta. A primeira corresponde, segundo o autor, à legalidade (em sentido amplo) do ato, retomando a ideia original da moralidade administrativa, tal qual formulada na doutrina francesa. Ela tem o caráter de objeto litigioso do processo da ação popular, e o seu conteúdo pode ser buscado nas alíneas “c”, “d” e “e” do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 4.717/65,⁷ que mencionam, respectivamente, a ilegalidade do objeto, a inexistência dos motivos e o desvio de finalidade. Todos esses casos podem ser reconduzidos à legalidade em sentido amplo; o conceito de “moralidade”, aqui, está na tradição antes mencionada e, portanto, a sua previsão constitucional não representou propriamente uma inovação.

O artigo 37, *caput*, da Constituição, por outro lado, traz a moralidade administrativa como autêntico princípio de direito. Aqui, há a previsão de uma nova figura normativa, distinta do princípio da legalidade e de todos os demais princípios que podem ser encontrados no ordenamento jurídico. Doravante, em atenção aos objetivos da exposição, tratar-se-á apenas dessa “espécie” de moralidade.

Leciona Giacomuzzi (2002, p. 221): “pode-se dividir em dois polos o conteúdo do princípio da moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988: o objetivo, representado pelas noções de boa-fé e confiança, e o subjetivo, equivalente ao dever de probidade”.

O conteúdo objetivo do princípio da moralidade é a boa-fé objetiva, conceito oriundo do direito privado e fortemente desenvolvido pelos autores civilis-

⁷ “Art. 2º [...] Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

tas, desenvolvimento esse que pode ser aproveitado também no campo do direito público. (GIACOMUZZI, 2002, p. 226-229). Assume relevo, aqui, a distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva:

[...] boa-fé *subjetiva* denota estado de consciência; é “subjetiva” porque o intérprete, ao aplicá-la, busca a intenção do agente; a má-fé é seu contrário. A “outra”, a boa-fé *objetiva*, caracteriza-se por significar um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico ligado às ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica do § 242 do *BGB*: regra de conduta baseada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses de terceiros, vistos como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. (GIACOMUZZI, 2002, p. 240).

Diferentemente da boa-fé subjetiva, a boa-fé objetiva não exige qualquer investigação do elemento psicológico do agente. O comportamento da Administração Pública deve, assim, estar de acordo com a boa-fé objetiva, na medida em que a pessoa do agente que praticou o ato e suas intenções não são, ao menos em princípio, relevantes. (GIACOMUZZI, 2002, p. 241).

Como reforço à sua teoria, Giacomuzzi (2002, p. 232) menciona que o próprio Hauriou estava influenciado pela ideia de boa-fé objetiva, na forma prevista no *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o Código Civil alemão (cuja entrada em vigor deu-se no ano de 1900), ao formular os conceitos de boa administração e moralidade administrativa, já em 1903.

Argumenta, em adição a isso, que a Lei n. 9.784/99, a Lei de Processo Administrativo, trouxe, pela primeira vez no âmbito do direito público, previsão expressa acerca da boa-fé, tanto da Administração Pública quanto do administrado – respectivamente, art. 2º, parágrafo único, IV (que menciona a atuação de acordo com padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé como um dos critérios que devem ser observados no processo administrativo), e art. 4º, II (que impõe ao administrado o dever de proceder, perante a Administração, com lealdade, urbanidade e boa-fé). (GIACOMUZZI, 2002, p. 243). Vai ao encontro dessa tese a crescente necessidade de uma relação pautada pela boa-fé entre a Administração Pública e o cidadão nos dias atuais, pois não mais se admite o arbítrio e o autoritarismo estatal de outrora. (GIACOMUZZI, 2002, p. 264-265).

Como um dos elementos decorrentes da boa-fé, Giacomuzzi (2002, p. 266) cita a proteção da confiança, conceito de especial relevância e alcance no âmbito do direito administrativo. O princípio da moralidade administrativa

“exige a proteção da confiança dos administrados nos atos da Administração.” (GIACOMUZZI, 2002, p. 270). Como tal, a proteção da confiança está vinculada também à ideia de segurança jurídica. (GIACOMUZZI, 2002, p. 267).

Da moralidade inculpada no art. 37 da Constituição Federal de 1988 se deve – não só, mas sobretudo – extrair **deveres objetivos** de conduta administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos. Com o perigoso risco das simplificações, mas com o cuidado do alerta, posso dizer que a moralidade administrativa do art. 37 da Constituição Federal de 1988 **obriga a um dever de transparência e lealdade** por parte da Administração Pública. (GIACOMUZZI, 2002, p. 270, grifos do original).

À veiculação da boa-fé objetiva pelo princípio da moralidade no âmbito do direito administrativo podem ser reconhecidas diversas consequências. (GIACOMUZZI, 2002, p. 272). Algumas das mais significativas são:

proibição ao *venire contra factum proprium*; proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida; dever do *favor acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação); lealdade ao fator *tempo* (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever ou retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); dever de sinceridade objetiva (não só dizer a verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevantes ao caso concreto, tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos); dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado que seja relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar na sua resolução. (GIACOMUZZI, 2002, p. 275-276).

Ainda como uma decorrência da boa-fé objetiva como conteúdo da moralidade administrativa, tem-se a responsabilidade pré-contratual da Administração Pública. Estando a Administração submetida ao dever de atuar segundo a boa-fé objetiva, a noção de responsabilidade pré-contratual, diretamente decorrente da boa-fé, nos contratos administrativos, pode ser imposta inclusive a ela, “presente, sempre, a possibilidade de indenização em caso de culpa da Administração ou em razão da confiança legítima provocada no administrado”. (GIACOMUZZI, 2002, p. 282). São essas, sucintamente, as repercussões que o autor enumera acerca do reconhecimento da boa-fé como conteúdo objetivo do princípio da moralidade.

No que tange ao conteúdo subjetivo da moralidade administrativa, nele pode ser encontrado o dever de probidade administrativa. Tal qual previsto na Lei n. 8.429/92, o ato de improbidade administrativa possui um caráter necessariamente subjetivo, o que justifica, segundo Giacomuzzi (2002, p. 285-286), a distinção entre as partes objetiva e subjetiva da moralidade prevista no artigo 37 da Constituição; esse aspecto subjetivo é especialmente importante, já que a ideia de moralidade sempre teve um caráter “anticorrupção”, ou seja, sempre foi vinculada ao combate à corrupção e à atuação desonesta do administrador público.

O ato de improbidade administrativa deve necessariamente estar revestido de dolo ou culpa, ou seja, é imprescindível a análise do elemento subjetivo. Isso tem a sua razão de ser no fato de que as sanções da Lei de Improbidade Administrativa são dirigidas contra o administrador desonesto, e não contra o inapto. Para o administrador inapto, já existe o mecanismo democrático das eleições, ou mesmo a possibilidade de reparação civil. O que não se admite, aqui, é uma responsabilidade objetiva. (GIACOMUZZI, 2002, p. 287-289).

De qualquer modo, o essencial é que, em seu aspecto subjetivo, a moralidade implica um dever de honestidade (ou de probidade) por parte do administrador público. O descumprimento de tal dever pode acarretar uma ilicitude, de caráter não penal, mas administrativo ou civil *lato sensu*, nos termos da Lei n. 8.429/92. (GIACOMUZZI, 2002, p. 308). Abre-se, com isso, o tema concernente à Lei de Improbidade Administrativa, que merece uma análise à parte.

3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O § 4º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil assim estabelece: “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.”

Para regulamentar esse dispositivo constitucional foi editada a Lei n. 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. No âmbito da legislação infraconstitucional, esse é o diploma legal que de forma mais nítida

representa uma concretização do princípio da moralidade. Seu artigo 1º está assim redigido:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL, [2019b]).

No que se refere àquele que pratica o ato, o artigo 2º da Lei n. 8.429/92 estabelece que:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, [2019b]).

A lei traz, portanto, um conceito bastante amplo de agente público. Ainda no que diz respeito ao sujeito ativo da improbidade, o artigo 3º da Lei n. 8.429/92 estabelece o seguinte: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. Verifica-se, portanto, que as sanções da Lei de Improbidade Administrativa podem igualmente ser aplicadas a terceiros, ou seja, a pessoas estranhas à Administração Pública, no que for compatível com sua condição.

Um olhar atento sobre a Lei n. 8.429/92 é, para os objetivos do estudo, indispensável.

3.1 ASPECTOS IMPORTANTES

Diversas e multifacetadas são as polêmicas em torno da interpretação e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Nem todas elas poderão ser

abordadas aqui. Dois aspectos, contudo, merecem uma especial atenção: a relação entre probidade e moralidade administrativa e a natureza do ato de improbidade.

3.1.1 Moralidade administrativa e probidade administrativa

O conceito de probidade administrativa, intimamente ligado à noção de moralidade, é bastante discutido na doutrina. Alguns autores entendem-no como um subprincípio da moralidade. Essa é, por exemplo, a posição de Freitas (2004, p. 142):

[...] o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos inequivocamente desonestos ou desleais para com o Poder Público, praticados por agentes seus ou terceiros, concretizado por tipificações e mecanismos sancionatórios inscritos na Lei n. 8.429/92, que exigem aplicação cercada das devidas cautelas para não transpor os limites finalísticos traçados pelo próprio princípio.

Nesse mesmo sentido, a lição de Bitencourt Neto (2005, p. 105): “a moralidade administrativa é princípio jurídico do qual a probidade administrativa é subprincípio”. Também Martins Júnior (2009, p. 106) entende a probidade como “um subprincípio ou uma regra derivada do princípio da moralidade administrativa”.

Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que moralidade administrativa e probidade administrativa “são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública”. (DI PIETRO, 2013, p. 885). José Guilherme Giacomuzzi, por sua vez, defende que da moralidade administrativa “não decorre, na sua parte subjetiva, um princípio jurídico, mas sim um *dever* de probidade administrativa, o qual determina que a atividade do administrador deva ser sempre honesta – aqui, no sentido de destituída de má-fé”. (GIACOMUZZI, 2002, p. 286).

Seja como um subprincípio derivado da moralidade ou como um simples dever jurídico, a probidade administrativa pode ser vista como uma especificação da moralidade (entendida, aqui, em seu aspecto subjetivo, consoante lição de José Guilherme Giacomuzzi, exaustivamente trabalhada na seção anterior), que, a exemplo daquela, remete à necessidade de uma conduta honesta e leal

por parte do administrador público. Uma ideia particularmente promissora consiste em ver a probidade como uma regra extraída do princípio da moralidade. Tornando mais densas as noções de moralidade e probidade, a Lei n. 8.429/92 prevê três espécies de atos de improbidade administrativa, que serão vistas mais adiante.

3.1.2 Natureza do ato de improbidade administrativa

Outro ponto a ser destacado é o da natureza do ato de improbidade administrativa. A ação de improbidade administrativa é uma ação de natureza civil (FREITAS, 2004, p. 145), que objetiva apurar a ocorrência de um ilícito administrativo (ou ilícito civil *lato sensu*) (GIACOMUZZI, 2002, p. 292), não se podendo cogitar, aqui, um ingresso na esfera penal. Tal circunstância chega a soar evidente: o § 4º do artigo 37 da Constituição refere que as sanções decorrentes dos atos de improbidade devem ser aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”, e, no mesmo sentido, o artigo 12 da Lei n. 8.429/92 estabelece que as cominações ao agente ímprobo serão impostas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”. Trata-se, além disso, de matéria já pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁸ No âmbito doutrinário, cite-se, por todos, Osório (2010, p. 188-216), que concebe as sanções da Lei de Improbidade Administrativa como parte do direito administrativo sancionador brasileiro.

Contudo, não deixa de ser curioso observar que, apesar de parecer bastante claro o caráter civil da ação de improbidade administrativa, a jurisprudência mais antiga acolhia amplamente a ideia da sua natureza penal,⁹ posição essa

⁸ A título de exemplo, pode ser citado o julgamento proferido pela Segunda Turma do STJ no AgRg no REsp 1382920/RS, ocorrido em 05.12.2013, assim ementado: “PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU. PRECEDENTES. NULIDADE DO PROCESSO NÃO DEMONSTRADA. 1. A Corte Especial firmou entendimento no sentido de que o foro por prerrogativa de função não se estende ao processamento das ações de improbidade administrativa. (AgRg na Rcl 12.514/MT, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16.9.2013, DJe 26.9.2013.) No mesmo sentido: EDcl no AgRg no REsp 1216168/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24.9.2013, DJe 4.10.2013. 2. **A norma constitucional que estabelece a prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal para parlamentares federais diz respeito exclusivamente às ações penais, não alcançado, portanto, as ações de improbidade administrativa, disciplinadas pela Lei n. 8.429/92, que possuem natureza cível, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal.** 3. Havendo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Desse modo, o procedimento investigatório adotado pelo Ministério Público Federal não extrapolou suas atribuições constitucionais e legais. Agravo regimental improvido.”. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

⁹ Veja-se, por exemplo, o entendimento manifestado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 696803550, ocorrido em 17.12.1996: “PROCESSO CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA APLICAR AS SANÇÕES PENAS ALI PREVISTAS. **As sanções previstas pelo art. 12 da Lei n. 8429/92 são de caráter eminentemente penal** e somente poderão ser aplicadas aos Prefeitos, observado o devido processo. Todavia,

que encontra eco na doutrina de Justen Filho (2006, p. 705-706), sustentando o mencionado autor que a Lei n. 8.429/92 possui uma forte carga penal, em razão do caráter punitivo das sanções nela previstas, que traduzem a repressão a comportamentos dotados da mais alta gravidade, o que leva o aludido doutrinador à conclusão de ser a improbidade um instituto de natureza mista, ou seja, ao mesmo tempo administrativa, penal e civil.

Apesar disso, a questão parece superada na doutrina e na jurisprudência, razão pela qual não serão tecidas maiores considerações a seu respeito. Cumpre salientar apenas que, em razão do fenômeno da múltipla incidência, ou seja, a possibilidade de um único ato humano gerar diversas consequências no mundo jurídico, em razão da incidência de regras jurídicas pertencentes a distintos ramos do direito, nada impede que o mesmo comportamento seja considerado ato de improbidade e, ao mesmo tempo, esteja previsto em um tipo penal. (GIA-COMUZZI, 2002, p. 294). Com efeito, o Título XI do Código Penal (“Dos Crimes contra a Administração Pública”) traz vários tipos penais que podem traduzir, ao mesmo tempo, atos de improbidade, tais como os crimes de peculato (artigo 312, CP),¹⁰ corrupção passiva (artigo 317, CP),¹¹ prevaricação (artigo 319)¹² e violação de sigilo funcional (artigo 325, CP).¹³

serão processados no juízo civil, e de acordo com as regras do Código de Processo Civil e de organização judiciária, a ação civil de reparação do dano e a execução do decreto de perdimento dos bens havidos ilícitamente no exercício do mandato. Inteligência dos arts. 12 e 18 da Lei n. 8429/92, combinado com o artigo 5, inciso XLVI, da Constituição de 1988.” (RIO GRANDE DO SUL, 1996, grifo nosso).

¹⁰ “Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.”

¹¹ “Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

¹² “Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

¹³ “Violação de sigilo funcional

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

3.2 ESPÉCIES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

São de três tipos os atos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/92: atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

3.2.1 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

Essa espécie de improbidade está prevista no artigo 9º da Lei n. 8.429/92, que assim estabelece:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, 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;

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

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

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

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

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

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

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consulto-

ria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;
IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;
X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;
XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;
XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei. (BRASIL, [2019b]).

A expressão “e notadamente”, inscrita no *caput* do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, deixa claro que as condutas descritas em cada um dos seus doze incisos são meros exemplos daquilo que pode ser considerado ato de improbidade mediante enriquecimento ilícito. Como se trata de enumeração meramente exemplificativa, é possível enquadrar nessa espécie de improbidade uma conduta que não esteja prevista em qualquer dos incisos supratranscritos, desde que satisfeitos os pressupostos mencionados no *caput* do referido artigo. Há uma “previsão genérica nesse dispositivo do que constitui essa categoria de ato de improbidade: será ato dessa natureza qualquer atividade do agente público pela qual aufera vantagem patrimonial indevida, desde que tal ocorra em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade”. (DECO-MAIN, 2007, p. 56). Em face de sua abertura estrutural, os tipos de improbidade podem ser entendidos como “cláusulas gerais”. (OSÓRIO, 2010, p. 327-331).

No que tange ao fator decisivo a distinguir essa espécie de ato ímprobo, o artigo 9º da Lei n. 8.429/92 trata da hipótese de enriquecimento ilícito por parte do agente público. Segundo Martins Júnior (2009, p. 227-228),

[...] caracterizam o enriquecimento ilícito qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, como também a mera potencialidade de que venha a amparar interesse de terceiro ou o simples fato de o agente público ostentar patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda, sendo exigível, em ambos os casos, que a vantagem econômica indevida seja obtida (para o agente público ou terceiro beneficiário, por ele próprio ou por interposta pessoa) em razão de seu vínculo com a Administração Pública, independentemente da causação de dano patrimonial a esta, porque o relevo significativo da repressão do enriquecimento ilícito tem em si considerada preponderância do valor moral da Administração Pública, sendo direcionado ao desvio ético do agente público.

O enriquecimento ilícito do agente ocorre, portanto, em razão do recebimento de uma vantagem patrimonial indevida, vantagem essa cuja obtenção deve estar intimamente ligada ao exercício de cargo, emprego ou função pública. Não é necessário que a demanda por essa vantagem econômica parta do próprio agente público; para configurar o ato ímprobo, é suficiente que ele a receba. Inexistindo a percepção de vantagem econômica, a conduta não pode ser enquadrada no artigo 9º da Lei n. 8.429/92, embora possa constituir outra espécie de improbidade. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 229).

Outro ponto a ser destacado é a necessidade de comprovação do dolo, ou seja, da inequívoca intenção desonesta do agente, para configurar-se tal espécie de improbidade. A conduta dolosa do agente é um dos requisitos para que o ato possa ser enquadrado no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa. (DECOMAIN, 2007, p. 84). Não se pode cogitar, aqui, a existência de responsabilidade objetiva do agente público, a qual, para configurar-se, dependeria de normatização expressa. (GARCIA; ALVES, 2013, p. 402).

No que tange às penalidades cominadas para essa espécie de improbidade, verifica-se que elas são as mais pesadas da Lei de Improbidade Administrativa. O artigo 12, inciso I do referido diploma legal assim estabelece:

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

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. (BRASIL, [2019b]).

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 12 da Lei n. 8.429/92 estabelece: “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.”

O *caput* do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa determina que as penas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, o que, mais além,

pode ser verificado nas sanções cominadas a todos os tipos de improbidade. Todavia, Freitas (2009, p. 174) assinala que, em razão de ser a improbidade administrativa mediante enriquecimento ilícito a mais torpe das espécies de ato ímprobo, as sanções devem, nesse caso, ser aplicadas em conjunto, via de regra.

É interessante notar, aqui, que a possibilidade de aplicação isolada das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não estava prevista no seu texto original; a atual redação do *caput* do seu artigo 12 foi dada pela Lei n. 12.120/09.¹⁴ Antes dessa alteração, havia entendimento, embora minoritário, no sentido de que as sanções da Lei de Improbidade Administrativa não poderiam ser aplicadas separadamente. (GIACOMUZZI, 2002, p. 303).

3.2.2 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

A segunda espécie de improbidade administrativa tem previsão no artigo 10 da Lei n. 8.429/92, cuja redação é a seguinte:

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ A redação original do *caput* do artigo 12 da Lei n. 8.429/92 era a seguinte: "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: [...]."

- VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;
- IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
- XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
- XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
- XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.
- XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;
- XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.
- XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (BRASIL, [2019b]).

Da mesma forma que, no dispositivo anterior, o *caput* do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa contém a expressão “e notadamente”, o que indica que a enumeração exposta em seus quinze incisos não é exaustiva.

A intenção da lei, aqui, é coibir a gestão ruínosa do patrimônio público (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 248), patrimônio esse que, em tese, deveria ser

administrado com alto grau de honestidade e cautela. Em um país como o Brasil, historicamente marcado pela irresponsabilidade na gestão dos recursos públicos, a possibilidade de um controle jurisdicional de atos que tendem a dilapidar esse patrimônio assume grande importância. Gize-se, entretanto, que, se do prejuízo ao erário resultar um enriquecimento ilícito do agente, a conduta deverá ser enquadrada na hipótese do artigo 9º da Lei n. 8.429/92, cujas sanções são mais pesadas; a hipótese do artigo 10 é restrita aos casos em que há dano ao patrimônio público sem que haja ganho patrimonial por parte do agente. (DECOMAIN, 2007, p. 109).

Essa é a única hipótese de improbidade para a qual a lei previu expressamente tanto a forma dolosa quanto a culposa. Além de constar essa previsão do *caput* do artigo 10, o artigo 5º da Lei n. 8.429/92 dispõe: “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.”

Discute a doutrina a razão de constar essa previsão apenas para uma das espécies de improbidade; Di Pietro (2013, p. 905-906) assinala que teria sido, provavelmente, uma falha do legislador, face à inexistência de um motivo apto a justificar essa disparidade de tratamento, enquanto Giacomuzzi (2002, p. 289) argumenta que atos que causam necessariamente prejuízo ao erário público necessitariam de um menor rigor na apuração do critério da desonestidade do agente. Seja como for, o fato é que a improbidade causadora de dano ao erário é a única na qual se admite como punível também a forma culposa da conduta, exigindo-se para as demais a forma dolosa.

O artigo 12, inciso II da Lei n. 8.429/92 prevê as penalidades aplicáveis a essa espécie de improbidade, ligeiramente mais leves do que aquelas previstas para a hipótese anterior:

Art. 12. [...]

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. (BRASIL, [2019b]).

3.2.3 Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública

A derradeira espécie de improbidade administrativa é encontrada no artigo 11 da Lei n. 8.429/92, que assim dispõe:

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

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

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. (BRASIL, [2019b]).

Da mesma forma que nos dispositivos imediatamente anteriores, o *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa possui a expressão “e notadamente”, o que significa que as hipóteses previstas em seus incisos não são as únicas que podem ser consideradas como tal espécie de improbidade.

O dispositivo supratranscrito faz alusão aos deveres de “honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”, enquanto o artigo 4º da Lei n. 8.429/92 menciona: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.” Esse dispositivo é nitidamente inspirado no *caput* do artigo 37 da Constituição, embora não se faça nele nenhum tipo de menção ao princípio da eficiência, já que semelhante princípio foi introduzido através da Emenda Constitucional n.

19/98, em momento posterior, portanto, ao surgimento da Lei de Improbidade Administrativa.

O rol de princípios previstos no artigo 11 da Lei n. 8.429/92 é, portanto, meramente exemplificativo, inclusive porque ao legislador ordinário não seria possível restringir outros princípios norteadores da atividade administrativa previstos na Constituição. (GARCIA; ALVES, 2013, p. 392).

Essa espécie de improbidade administrativa tem um caráter residual, ou seja, ela permite que, havendo uma violação aos princípios regentes da Administração Pública, não importando se expressamente previstos em lei ou decorrentes do sistema, a conduta faltosa do agente possa ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, independentemente do fato de ter ele enriquecido ilícitamente ou causado prejuízo ao erário. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 279). Por outro lado, se verificada alguma dessas circunstâncias, o ato deverá ser enquadrado não no artigo 11, mas no artigo 9º ou no artigo 10 da Lei n. 8.429/92, conforme o caso. (DECOMAIN, 2007, p. 142).

Todas as dificuldades de extrair-se um conteúdo, um dever-ser concreto dos princípios jurídicos, já mencionadas, aparecem com muita força aqui, de modo que esse dispositivo deve ser visto com reservas. Exige-se, portanto, um exame rigoroso de proporcionalidade para que a conduta possa ser enquadrada nessa espécie de improbidade. Como salienta Bitencourt Neto (2005, p. 123),

Não há resposta pronta e acabada sobre onde começa e termina a configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. O Direito por princípios é, por essência, mais fluído e aberto que aquele pautado pelo formalismo das regras. Se, de um lado, permite maior efetividade e maiores canais de comunicação com a sociedade, de outro conduz a mais elaborado trabalho de interpretação e aplicação.

Diante disso, pode-se dizer que uma ofensa tênue a um princípio norteador da Administração Pública ou o cometimento de equívoco menor e escusável não configura improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.429/92. Importante salientar, ainda, que, a exemplo da hipótese de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito, também aqui se exige demonstração do dolo. (FREITAS, 2009, p. 177).

Um exemplo particularmente instrutivo pode ser encontrado na violação ao princípio da legalidade, um dos princípios expressamente incluídos no *caput*

do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Inexistindo uma violação grave a tal princípio e não se verificando a inequívoca intenção desonesta do agente, não há que se falar em improbidade. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo de considerar toda e qualquer violação à legalidade como ato ímprobo. Isso não significa que a ilegalidade de menor potencial lesivo ou cometida em razão de imprudência, negligência ou imperícia deva restar impune, naturalmente; só o que é vedado é o seu enquadramento na Lei n. 8.429/92, cujas sanções são consideravelmente pesadas.

Por fim, as penalidades aplicáveis a essa espécie de improbidade são as mais leves, e podem ser encontradas no artigo 12, inciso III da Lei nº 8.429/92, que estabelece:

Art. 12. [...]

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (BRASIL, [2019b]).

3 CONCLUSÃO

O conteúdo dogmático que o princípio constitucional da moralidade administrativa encerra é objeto de vívidas discussões no âmbito da doutrina nacional. Por maiores que sejam os esforços na tentativa de esclarecê-lo, fato é que as veredas do princípio da moralidade são escorregadias e tortuosas.

A presente investigação procurou demonstrar o quão infrutíferas são algumas tentativas de trabalhar clareza conceitual a respeito desse princípio. Exemplos disso podem ser encontrados no recurso, bastante frequente, a expressões semanticamente abertas como "lealdade", "honestidade" e "boa-fé", tão fugidias quanto o próprio vocábulo "moralidade", bem como na muito difundida distinção entre "moral comum" e "moral jurídica", que se revela insustentável sob qualquer ponto de vista.

De todas as soluções doutrinárias para o problema da definição e do conteúdo dogmático do princípio da moralidade administrativa, a mais sólida cientificamente parece a proposta por José Guilherme Giacomuzzi, que sustenta que

a moralidade prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição possui um conteúdo objetivo, representado pelas ideias de boa-fé objetiva e proteção da confiança, e um conteúdo subjetivo, representado pelo dever de probidade.

Em apertada síntese, pode-se dizer que, no plano objetivo, a moralidade administrativa implica a necessidade de uma relação pautada pela boa-fé entre a Administração Pública e o cidadão, na qual não sejam frustradas expectativas legítimas desse último; no plano subjetivo, significa que o agente público deve atuar de forma proba, honesta, livre de má-fé. O desrespeito a esse comando pode significar, para ele, a responsabilização nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Essa definição, embora consistente, ainda possui um alto grau de abstração. A importância dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, especialmente os seus artigos 9º, 10 e 11, reside justamente no fato de que as diversas espécies de atos de improbidade ali estabelecidos representam uma concretização do princípio da moralidade, que contribui para que a vagueza semântica do princípio seja mitigada. Os aludidos dispositivos contêm exemplos de atos atentatórios ao dever de probidade administrativa, auxiliando o intérprete, ainda que de modo indutivo, na definição do conteúdo jurídico do princípio da moralidade e na sua aplicação ao caso concreto.

Assim entendido, é lícito concluir que o princípio da moralidade administrativa, longe de contribuir para a arbitrariedade e o decisionismo, constitui um instrumento normativo rigorosamente indispensável no combate à corrupção, à malversação dos recursos públicos e às mais variadas espécies de ato ímprobo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução dos textos originais, com notas, dirigida pelo Pontifício Instituto Bíblico de Roma. São Paulo: Paulinas, 1967.

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Lei da Ação Popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992**. Lei de Improbidade Administrativa (1992). Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 25 mar. 2021

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. (1999). Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 25 mar. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). **AgRg no REsp 1382920/RS**. Processo civil administrativo. Improbidade administrativa. Competência da Justiça Federal de primeiro grau. Precedentes. Nulidade do processo não demonstrada. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 05 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24815173/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1382920-rs-2013-0118082-7-stj>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 3026/DF**. Ação dire-

ta de inconstitucionalidade. § 1 do artigo 79 da Lei n. 8906 Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 08 de junho de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760367/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3026-df/in-teiro-teor-100476532>. Acesso em: 25 mar. 2021.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. In: BACELLAR FILHO, Roberto Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: Estudos em Memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. São Paulo: Re-

vista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarta Câmara Criminal. **HC 696803550**. Processo crime. Prefeito Municipal. Ação de improbidade administrativa. Competência do Tribunal de Justiça para aplicar as sanções penais ali previstas. Relator: Luiz M. U. Machado. Porto Alegre, 17 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9266221/habeas-corpus-hc-696803550-rs-tjrs>. Acesso em: 25 mar. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.