

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**NÚCLEO DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA**  
**Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Público**

**Marcela Lopes Frate**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
DA LEGALIDADE, MORALIDADE E PROPORCIONALIDADE**

Belo Horizonte

2017

**Marcela Lopes Frate**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
DA LEGALIDADE, MORALIDADE E PROPORCIONALIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso de  
Especialização em Direito Público como  
requisito parcial à obtenção do título de  
especialista.

Orientadora: Glenda Rose Gonçalves Chaves

Belo Horizonte

2017

**RESUMO**

O presente trabalho abordará o tema da improbidade administrativa enquanto infração disciplinar praticada no exercício do serviço público sob a luz da Constituição Federal de 1988, que traz como princípios fundamentais a legalidade e a moralidade administrativa. Os limites da improbidade administrativa serão apreciados em face, também, do princípio da proporcionalidade. Essencialmente, será ponderada a conduta ímproba dentro do conceito de moralidade administrativa, de modo a serem diferenciadas as duas realidades para que não sejam confundidas, posto que nem tudo que é imoral é ímprobo.

Improbidade administrativa. Moralidade administrativa. Proporcionalidade. Legalidade.

### **ABSTRACT**

This paper will approach the topic of administrative improbity while disciplinary violation that takes place at the exercise of public service, under the light of the Federal Constitution of 1988, which consecrates legality and morality as fundamental principles. The limits of administrative dishonesty, to be considered as improbity, are appreciated also in attention to the principle of proportionality. Essentially, the improper conduct will be evaluated within the concept of administrative morality, in order to differ the two realities so that they will not be confused, considering that not everything that is immoral falls into the concept of improbity.

Administrative Improbity. Administrative Morality. Proportionality. Legality.

### **SUMÁRIO**

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA LEGALIDADE, MORALIDADE E PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>6</b>
<b>2.1 Princípio da Legalidade .....</b>	<b>6</b>
<b>2.2. Princípio da Moralidade.....</b>	<b>9</b>
<b>2.3. Princípio da Proporcionalidade.....</b>	<b>13</b>
<b>2.4. Limites da Improbidade Administrativa .....</b>	<b>17</b>
2.4.1 Improbidade Segundo a Lei 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa.....	18
2.4.2 Sanções Previstas aos Atos Ímprobos .....	21
2.4.3 O Dolo como elemento essencial da Improbidade Administrativa.....	23
2.4.4 Apuração da Improbidade.....	26
<b>3. CONCLUSÃO.....</b>	<b>28</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>30</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo será feito a partir da análise das teorias principiológicas mais tradicionais, partindo dos conceitos de ética e moralidade, seguindo a evolução doutrinária desde os teóricos mais antigos até os juristas atuais, chegando aos contornos da improbidade administrativa.

Tais apontamentos se fazem extremamente importantes tendo em vista que a administração pública precisa atuar em estrita conformidade com a lei, obedecendo ao princípio da legalidade, que limita a autonomia de seus agentes, os quais devem sempre primar pelo interesse público supremo.

É esse interesse público, tido como indisponível, que deve conduzir a atuação administrativa no sentido de alcançar os anseios da sociedade, expressos também por meio dos instrumentos legais. Assim, busca-se um equilíbrio entre administração e administrado, dentro da ideia de um Estado Democrático de Direito.

Será analisada também a evolução dos entendimentos jurisprudenciais pertinentes ao tema, analisados em conjunto com a evolução da sociedade brasileira, posto que os ânimos sociais também têm se modificado ao longo dos anos.

Nesse sentido, será feita uma análise das condutas e dos tipos infracionais específicos relacionados ao tema da moralidade administrativa, trazidos pela Lei 8.429/92, para que se compreenda a amplitude e pertinência de cada um deles, possibilitando sua segura diferenciação.

Demonstrar-se-ão, igualmente, as possíveis sanções destinadas às condutas ímprobas e àquelas imorais, elencadas nas leis de número 8.429/92 e 8.112/91, dando ênfase à necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade quando da análise e tipificação das condutas.

Diante do exposto, percebe-se que, embora o agente público deva agir sempre em conformidade com a lei, há situações em que a lei, por si só, não é suficiente para orientar suas ações, abrindo-se espaço para certa discricionariedade administrativa. Esta discricionariedade deve, sobretudo, pautar-se nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e supremacia do interesse público.

## 2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA LEGALIDADE, MORALIDADE E PROPORCIONALIDADE.

### 2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é diretriz emanada da própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, que versa que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Embora tal comando seja bastante abstrato e generalista, entende-se que somente a lei é que pode criar direitos, deveres, vedações, vinculando todos os indivíduos que a ela se sujeitam.

Por meio deste princípio consolida-se uma ideia de sociedade em que os indivíduos têm ampla liberdade para atuar, desde que suas ações não sejam proibidas pela lei. Assim sendo, a legalidade pode ser compreendida como uma verdadeira garantia constitucional, posto que equilibra os direitos dos indivíduos entre si e em face do poder estatal, sendo fundamental para a construção de um Estado Democrático de Direito.

A construção histórica da ideia de Estado Democrático de Direito se deu gradualmente, partindo do princípio da legalidade, cuja origem, segundo alguns doutrinadores, a exemplo de Pedro Lenza<sup>1</sup>, remonta ao século XIII, tendo sido consagrado já na Magna Carta Inglesa, elaborada pelo Rei João Sem Terra, em seu artigo 39, que determinava que:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

O mesmo autor nos demonstra que, pensada pelos revolucionários protagonistas da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, amadureceu tal temática, tornando-a ainda mais específica ao âmbito punitivo, expressando, em seus artigos 7º, 8º e 9º, que:

---

<sup>1</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 9 ed. São Paulo: Método, 2006.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Tal entendimento foi consagrado no Direito Penal Brasileiro a partir da Constituição de 1824, sendo levada também para o Código Criminal do Império, de 1830, permanecendo no ordenamento jurídico pátrio até os dias atuais. O Código Penal Brasileiro, o Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, traz, já no seu artigo 1º determina que *“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”* e, no art. 2º, *“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”*. Tais dispositivos trazem em si insculpido o princípio da anterioridade da lei penal, decorrente do princípio da legalidade.

A partir da legalidade, seja visto, portanto, que O Estado Democrático de Direito é aquele Estado que se pauta por normas *lato sensu* que o regulam e delineiam as faces das possíveis relações jurídicas nele existentes, permitindo a participação popular, também de maneira normativamente ordenada, para que se busque atender aos anseios gerais da sociedade que tenta organizar.

Depreende-se que, na esteira do que foi dito acima, seria impossível um Estado funcionar normalmente, com eficiência e celeridade, se a inteireza de suas relações e de seus indivíduos tivessem que depender exclusivamente de leis. Sabe-se que a edição das leis, em sentido estrito, depende de todo um procedimento formal, que pode gerar delongas inúteis ou até nocivas ao próprio interesse público.

Por essa razão, a própria Constituição Federal distinguiu as matérias que seriam regidas exclusivamente por leis, erigindo o subprincípio da reserva legal, uma espécie de ramificação do princípio da legalidade.

Sabe-se que a lei, em sentido estrito, é o documento que precisa de respeitar vários requisitos formais de validade, seguindo procedimento pormenorizado

específico, emanando dos órgãos legislativos, a quem a constituição federal atribuiu a competência para sua edição<sup>2</sup>. Como exemplo, citamos o art. 37, XIX, que reza que *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação (...)”*.

Já a lei em sentido amplo diz respeito aos instrumentos normativos gerais, que podem ser editados por outros poderes, pelo Presidente da República, por alguns agentes públicos e etc, devendo cada um agir na esfera de competência que lhe foi atribuída, igualmente<sup>3</sup>.

A Constituição Federal desejou dar, ainda, especial importância ao princípio da legalidade, consagrando-o como princípio fundamental e expressamente ordenando, em seu artigo 37, caput, que *“a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”*.

Neste diapasão, percebe-se que, em sentido contrário ao que se entende para a conduta do particular, que pode tudo o que não lhe for proibido, a Administração Pública pode somente realizar aquilo que lhe é expressamente autorizado em lei, tendo em vista, também que é o interesse público que deve orientar todas as ações emanadas dos agentes públicos<sup>4</sup>.

A partir de tal compreensão, pode-se perceber que os agentes públicos, estando vinculados às prescrições legais, devem cumprir as funções que lhes são regimentalmente conferidas, devendo agir também segundo os mandamentos legais, respeitando sempre a legislação que delinea seu âmbito geral de atuação, a Lei 8.112/1990, o Estatuto do Servidor Público.

Compreenda-se, ainda, que, embora o agente público tenha certa discricionariedade para agir, esta discricionariedade lhe é conferida pela própria lei,

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>4</sup> VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

devendo ser exercida sempre nos limites impostos pela legislação e almejando a consecução do interesse público.

As diversas facetas da legalidade, sobre as quais se tem discorrido no presente trabalho, são de extrema importância para evitar a insegurança jurídica.

## 2.2 Princípio da Moralidade

Partimos agora para a análise do princípio da moralidade, orientador geral de condutas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, constituindo um dos deveres dos servidores públicos estabelecidos pelo Estatuto do Servidor Público, como foi mencionado no item anterior.

Tendo em vista que o conceito de moralidade comum tem um alcance bastante vago e impreciso, os diversos doutrinadores têm alguma dificuldade em apontar qual teria sido a sua origem efetivamente.

Etimologicamente, moralidade vem do vocábulo “moral”, que vem do latim *mos ou moris*, significando *costumes*. Trata-se, em termos sintéticos, da valoração consagrada por uma sociedade quanto àquilo que seria certo ou errado, trazendo consigo noções gerais sobre aquilo que deve ou não ser praticado, forjando uma concepção de justiça dentro da coletividade<sup>5</sup>.

A complexidade da moralidade pode ser compreendida, portanto, de maneira distintas, variando de acordo com o núcleo social observado. Os pensadores antigos, a exemplo de Aristóteles, entendiam a moralidade como uma dimensão do próprio ser humano. Já os filósofos modernos, iluminados pela evolução da psicologia enquanto ciência e da filosofia moral, entendem que a moralidade representa uma forma de consciência que faz parte do todo compreendido como a ética<sup>6</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>7</sup> afirma que, dentro da Administração Pública, no ordenamento jurídico pátrio:

“A imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada a ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se

---

<sup>5</sup> CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. *Ética*. Ediciones Akal. Espanha, 2001.

<sup>6</sup> CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. *Ética*. Ediciones Akal. Espanha, 2001

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.”

Destarte, estaria intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade<sup>8</sup>, posto que a Administração Pública deve, sempre, obedecer às prescrições legais.

Maurice Hariou<sup>9</sup>, cuja menção se dá no texto do renomado doutrinador Hely Lopes Meirelles, leciona que a moralidade administrativa é “*o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração*”.

Percebe-se, portanto, que a moralidade comum não se confunde com a moralidade administrativa, de modo que são complementares. Dentro da Administração Pública, a moralidade deve ser tida como o conjunto de regras que orientam a gestão pública e a função administrativa, tentando conciliar, dentro do interesse público, os ideais de certo e errado, legal e ilegal, justo e injusto.

Esta aí a ideia de que legalidade e moralidade estão conexos, posto que não é suficiente que o agente público apenas siga o preceito legal, ele precisa observar em todas as situações, a moralidade administrativa.

Tal entendimento é proveniente da própria vontade constitucional, posto que a moralidade está insculpida nos artigos 5º, inciso LXXIII, e 37, caput, da Constituição Federal de 1988, senão vejamos, literalmente:

Art. 5º, 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 (...).

Art. 37 – Administração pública direta e indireta de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (...).

Assim sendo, a moralidade administrativa deve ser observada na prática do ato administrativo, estando sob pena de nulidade o ato que não a der guardada. Trata-se, portanto, de um requisito de validade dos atos administrativos.

Maria Silvia Zanella Di Pietro<sup>10</sup> leciona, ainda, que, no intuito de obedecer tal mandamento constitucional, é necessário fazer uma distinção daquilo que se considera licitude e honestidade dentro do direito e dentro da moral comum. Tal necessidade advém da concepção de que nem tudo que é lícito na vida pessoal é necessariamente moral dentro do serviço público.

---

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

<sup>9</sup> MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

No mesmo diapasão, leciona Hely Lopes Meirelles<sup>11</sup>, ao ensinar 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 da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.”

A moral deve ser vista, portanto, como uma ferramenta de consciência necessária para a consecução do interesse público, devendo ser utilizada em todos os atos e procedimentos administrativos, exigindo plena observância dos padrões éticos, do decoro, da boa-fé, da honestidade, da lealdade e da probidade.

Destarte, maior parte da doutrina pátria aponta para o desenvolvimento da diferenciação entre boa-fé subjetiva e objetiva, circundando a noção de que se deve investigar a real intenção e vontade do agente administrativo, buscando entender se o mesmo tem ou tinha a condição de conhecer o grau de licitude ou a ilicitude daquilo que se investiga, para então aferir o grau de moralidade de sua conduta e mensurar a possibilidade da exigência de que o mesmo tivesse atuado diversamente ao tempo da conduta praticada.

Entendia-se, dentro do conceito exclusivo de boa-fé objetiva, que o comportamento do sujeito seria analisado, não tendo qualquer relevância conclusiva a percepção de qual seria a sua intenção, importando apenas o ato praticado em si. Tal concepção ainda é de extrema valia prática e aplica-se diretamente, em especial aos casos em que a conduta em si traz uma carga obvia de imoralidade. Nestes casos, mais complicado para o próprio agente público demonstrar que não tinha consciência daquilo que o ato pretendia.

Mas, há que se ter em mente que existem inúmeras modalidades de atos administrativos, os quais podem pertencer a diversos procedimentos formais para a consecução de diversas finalidades dentro dos serviços públicos prestados à população. Cada um desses atos tem peso e teor diferentes, que aferidos junto ao grau de responsabilidade e autonomia do agente que o pratica, permite ou não que se pondere acerca da boa-fé subjetiva.

---

<sup>11</sup> MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Medeiros, 2012.

Assim sendo, no intuito de proteger a moralidade administrativa, a legislação pátria criou diversos instrumentos de controle de moralidade, a exemplo da Ação Popular, Ação Civil Publica de Improbidade, a possibilidade de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>12</sup>.

É notável, portanto, que a Administração Publica deve manter um controle sobre a atividade de seus agentes, para que não haja quebra da moralidade, elidindo a presunção de legitimidade e de veracidade, que é prerrogativa do ato administrativo e se vale justamente da moral de seu executor. Assim, percebe-se que tais presunções são relativas, admitindo prova em contrario por meio da avaliação da conduta do agente.

Entende-se, aí, que o ato administrativo somente é dotado de presunção de legitimidade e veracidade porque é dever do agente agir conforme a moralidade administrativa e esta precisa ser intimamente acompanhada e exigida por todos. Lembre-se: nem tudo o que é legal, é moral. Este é um brocardo jurídico que orienta quanto ao cuidado necessário com a intenção dos que detêm o múnus publico, posto que, muitas vezes constrói-se um manto de perfeita legalidade para acobertar condutas imorais e repulsivas.

A Lei 8.112/1990, o Estatuto do Servidor Público Federal, estabelece, em seu artigo 116, IX, que é dever do servidor público “manter conduta compatível com a moralidade administrativa”, estabelecendo, para os que não observarem tal dever, a penalidade de advertência, em conformidade como disposto no artigo 129, do mesmo diploma legal, cuja letra é: “a advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”.

O mesmo diploma determina, em seu artigo 132, inciso IV, que a demissão será aplicada nos casos de improbidade administrativa, determinando, ainda, quais serão os trâmites processuais para a apuração disciplinar da conduta, a se dar no âmbito administrativo.

Na mesma esteira e com o intuito de atender aos anseios sociais de probidade, o legislador pátrio optou por dar à conduta ímproba, concepção que se desenlaça a partir do conceito de imoralidade, o seu próprio contorno jurídico,

---

<sup>12</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, Direito Administrativo, São Paulo, Ed. Atlas, 2009.

lavrando a lei 8.429/92, intitulando-a de Lei de Improbidade Administrativa, trazendo a necessária regulamentação acerca de normas constitucionais que já consagraram a proibição da conduta ímproba dentro da Administração Pública, sobre a qual versaremos em capítulo próprio, em linhas futuras.

Fica perceptível, portanto, que a moralidade administrativa é princípio indispensável para o alcance do interesse público, que representa a própria finalidade justificadora dos diversos atos que compõem as políticas públicas.

### **2.3 Princípio da Proporcionalidade**

Embora o princípio da proporcionalidade não esteja expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988, ele desempenha papel de extrema importância na limitação da atuação do poder público, contribuindo para a consolidação dos preceitos constitucionais, representando ferramenta essencial para a garantia dos direitos fundamentais e pela manutenção da ordem constitucional. Ele está positivado no Direito Pátrio na Lei 9.784/1999, que em seu artigo 2º e no inciso VI, do seu parágrafo único, determina:

Art. 2º - 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:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Antes de adentrar no seu conceito, cumpre-nos realizar um breve apanhado histórico para apontar as origens do princípio da proporcionalidade.

A ideia de proporcionalidade remonta a transição do Estado absolutista, no qual o Rei, absoluto, era a própria lei, para o Estado Liberal, no qual a lei já passou a oferecer certos limites às ações dos governantes<sup>13</sup>.

No absolutismo, o rei poderia fazer tudo o quanto entendesse necessário para o seu ideal de administração, de modo que os seus súditos, que ainda não eram

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

vistos segundo o conceito moderno de cidadania, não tinham qualquer proteção contra os abusos cometidos e contra a tirania dos governantes.

No Estado Liberal, a ideia de que os súditos não são simplesmente servos do rei começa a surgir, com o surgimento de uma classe burguesa, também detentora de riquezas, de modo que a lei passou a atuar como freio aos excessos dos governantes.

Assim, passou a vigorar timidamente o ideal de proporcionalidade, que passou a limitar os atos que poderiam ser empreendidos pelo Estado, conciliando, ainda que de maneira mínima, o interesse do governante aos interesses dos seus súditos.

Os direitos fundamentais dos cidadãos foram consagrados a partir da Revolução Francesa de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que já em seu preâmbulo, determina:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

O próprio trecho acima transcrito já denuncia o rico conteúdo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que constituiu, por sua excelência, célula primordial da concepção atual da maneira segundo a qual o Estado relaciona-se com os indivíduos e estes relacionam-se entre si, pautando-se, definitivamente, sobre os limites da proporcionalidade.

No Brasil, somente com a Constituição Federal de 1988 é que firmou-se a concepção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, posto que finalmente foram consagrados alguns dos direitos essenciais aos indivíduos, sendo elencadas

as suas garantias e direitos fundamentais, bem como os limites da atuação estatal e, face dos administrados<sup>14</sup>.

Nesta esteira, a dignidade da pessoa humana, consagrada junto aos direitos fundamentais, passou a ser o núcleo central da Magna Carta, de modo que o ser humano firmou-se enquanto centro e finalidade de todo o Direito<sup>15</sup>.

Resta indubitável que nesse arcabouço jurídico, o princípio da proporcionalidade tem papel primordial na proteção dos direitos fundamentais e na harmonização dos interesses diversos, trazidos dentro das inúmeras relações jurídicas possíveis. Tal é a lição de José Sergio da Silva Cristovam<sup>16</sup>:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Evidencia-se, portanto, que esse princípio deve orientar dos aqueles que tem poderes públicos, que devem respeitar os limites impostos pelas leis, servindo de verdadeira proteção do teor constitucional, para que este não seja esvaziado ou desrespeitado por atos do legislativo, do executivo ou do judiciário.

Destarte, deve-se avaliar sempre a pertinência social da medida tomada, se esta é apropriada, se seu custo é adequado, devendo ser perquirida sua quantidade, qualidade, sua metodologia, etc, tudo deve ser entendido da maneira proporcional e razoável.

Neste sentido, Gilmar Mendes, leciona que *“A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito Constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa”*<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>16</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006..

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de outubro de 2011.

Na mesma esteira, Luis Roberto Barroso<sup>18</sup>. leciona que a proporcionalidade deve ser entendida como sinônimo de razoabilidade, de modo que os dois conceitos se complementam, chegando a se confundir, de modo que constituem-se pela máxima da conformidade ou adequação os meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito

Seguindo linha símile de raciocínio, a professora Maria Rosynete Oliveira Lima<sup>19</sup> aduz que:

“razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro”.

Extrai-se de tais lições que, dentro de sua discricionariedade, a Administração Publica pode chegar a cometer excessos, mesmo que aparentemente legais, podendo o Estado Juiz, por sua vez, controlar a legalidade de tais atos, tendo por albergue o principio da proporcionalidade que sustenta também o princípio de freios e contrapesos que marca a tripartição dos poderes, consagrada igualmente na Constituição Federal de 1988.

Assim, o judiciário pode realizar o controle jurisdicional de políticas publicas, avaliando a eficiência, a economicidade, a celeridade e etc, para que haja a otimização da gestão publica no alcance da sua finalidade social.

Igualmente, pode ser controlada a atuação do poder legislativo, já que, em alguns casos, mesmo que adequadas e necessárias, as leis podem trazer carga excessiva de limitação aos direitos fundamentais, ou mesmo gerar um conflito entre eles. É cediço que para a constituição estabeleceu a reserva legal para a restrição de direitos, de modo que não é qualquer ato normativo que pode fazê-lo. Assim, mesmo havendo independência entre os três poderes constituídos, pode haver interferência de uns sobre os outros, de modo que uma lei produzida pelo legislativo pode vir a ser declarada inconstitucional, devendo toda essa atuação ser pautada pela proporcionalidade.

Sobre a delicadeza do tema, é o pensamento de Luis Roberto Barroso<sup>20</sup>:

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>19</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1999.

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetus circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.

Percebe-se que toda a harmonia das relações jurídicas gerais se pauta, finalmente, no princípio da proporcionalidade, de modo que todos os que detêm qualquer tipo de poder público devem ponderar segundo critérios de proporcionalidade quando houver qualquer contradição de ideais em torno dos atos a serem praticados.

O mesmo raciocínio é trazido para o âmbito disciplinar, posto que a Administração Pública, ao controlar a ação de seus servidores, deve levar em conta o princípio da proporcionalidade no momento de análise de condutas típicas ou infracionais e da sua responsabilidade.

Assim, referido princípio também é de significativa importância para a atuação da administração pública no exercício do seu poder disciplinar, posto que o servidor público também é destinatário das garantias constitucionais em face do arbítrio do poder do estado.

## **2.4 Limites da Improbidade Administrativa**

Além dos dispositivos já mencionados no item em que se abordou a moralidade administrativa, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 15, inciso V<sup>21</sup>, a improbidade administrativa como hipótese de conduta que pode gerar a

---

<sup>21</sup> 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.

perda ou suspensão dos direitos políticos, nos termos do artigo 37, § 4º<sup>22</sup>, do mesmo diploma constitucional. O artigo 5º, inciso LXXIII<sup>23</sup>, por sua vez, incluiu ofensas à moralidade administrativa como um dos casos em que é cabível a ação popular, demonstrando a opção do constituinte por dar elevada estima ao princípio da moralidade.

Com a ampliação do ideal de efetivar a moralidade dentro da administração pública, o poder legislativo, atendendo a anseio social que tem ganhado força ao longo dos anos, a partir da maior conscientização da população brasileira, editou a Lei 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa, que trouxe os contornos preliminares da improbidade, estabelecendo as possíveis sanções aos agentes públicos ímprobos.

Referida lei, já em seu artigo 4º, determina que *“os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”*.

Assim sendo, segue análise do contorno que o ordenamento jurídico pátrio atribuiu às condutas ímprobos.

#### *2.4.1 Improbidade segundo a Lei 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa*

Na averiguação de tais condutas é de extrema importância a utilização do princípio da proporcionalidade, sobre o qual se discorreu no item anterior, tendo em

---

<sup>22</sup> 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 e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 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.

<sup>23</sup> Art. 5º 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.

vista que nem tudo o que é imoral é ímprobo. Assim sendo, é de extrema importância que se realize uma precisa delimitação da improbidade, para que ela não seja confundida com a moralidade genérica. A consideração de toda imoralidade como improbidade geraria grande insegurança jurídica, com a possibilidade de excessos por parte do poder punitivo e de injustiças, posto que são muito diversas as condutas imorais, com diferentes teores de reprovabilidade e impacto social, com conseqüentes gradações diversas nas penalidades aplicáveis.

Verifica-se, desta feita, que a violação a probidade administrativa enseja a responsabilização do agente nas esferas administrativa, aos moldes do Estatuto do Servidor Público, a Lei 8.112/12, cível, aos moldes da Lei de Improbidade Administrativa e penal, aos moldes do Código Penal, para as condutas que ali estiverem tipificadas criminalmente.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consagrado a independência entre a três instâncias, de modo que pode haver a simultaneidade de responsabilização do agente administrativa, civil e penalmente, havendo, somente, repercussão da decisão em instancia penal no âmbito administrativo nos casos em que ficar comprovada a inexistência material do fato ou pena negativa de autoria<sup>24</sup>.

Como já citado anteriormente as possíveis sanções a serem cominadas para os atos de improbidade administrativa são a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o dever de ressarcimento ao erário, conforme regra do artigo 37, §4º, da Constituição Federal. Ocorre, contudo, que a Lei de Improbidade Administrativa trouxe, além das citadas, a possibilidade de imposição de multa administrativa e outras penalidades, conforme se demonstrará em linhas futuras.

Alguns estudiosos do tema alegam que o legislador infraconstitucional extrapolou os limites da Carta Magna, já que esta foi taxativa em expressar as penalidades cabíveis, senão vejamos lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>25</sup>:

O legislador infraconstitucional, através da presente lei, deveria se ater às taxativas penalidades exigidas pelo constituinte. O que infelizmente não ocorreu, visto que a lei em comento estabeleceu, nos incisos I, II e III, do presente artigo 12, a imposição 4 de multa civil proporcional ao dano, que não possui reserva de

---

<sup>24</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>25</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 3. ed, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

Constituição. Ora, competia apenas à Lei 8.429/92 autoregulamentar o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, gravando as sanções previstas na Lei Maior.

Antes de realizar uma análise das penalidades, trataremos, em primeiro lugar, uma visão geral dos casos de improbidade em si. São os artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429/92 que trazem proposta conceitual daquilo que deve ser conhecido como improbidade a ser submetida ao rigor legal e as penalidades previstas pelo artigo 12 do mesmo diploma.

Nestes termos, atos que importem enriquecimento ilícito do agente público, prejuízo ao erário, ou que constituam atentados contra os princípios da administração pública. Deste modo constituem ilícitos civis e políticos, fugindo da esfera penal. Por essa razão, dentre as possíveis sanções está a suspensão dos direitos políticos por meio da ação civil pública. Ainda assim, ato de improbidade pode configurar conduta criminosa, quando for perfeitamente subsumível a tipos penais, caso em que será instaurada ação penal.

A título exemplificativo trazemos como atos de improbidade o recebimento de dinheiro ou bens em razão do exercício de múnus público, ou receber vantagens para facilitar a venda ou aquisição de bens ou a assinatura de contratos com a administração pública, tipos estes que importam o genérico enriquecimento ilícito e estão expressos, juntamente a outras condutas, no artigo 9º da Lei 8.429/92.

A lesão ao erário está imprimida no artigo 10 do mesmo diploma, que caracteriza como ímproba condutas que ensejem perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens públicos, a exemplo de doações de bens, rendas ou valores do patrimônio público sem o devido respeito das formalidades legais, ou a realização de operações patrimoniais tipo a alienação, a permuta ou a locação de bem por preço inferior ao de mercado, ou facilitar a aquisição de bens em preços acima dos usuais de mercado, dentre outras.

Por fim, para alcançar aqueles atos que não sejam subsumíveis perfeitamente aos tipos previstos nos artigos anteriores, o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa traz a guarida para que se considerem ímprobos as condutas que violem, de maneira genérica, os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições públicas, trazendo rol exemplificativo de situações que incorrem neste tipo de improbidade. Como exemplo, podemos citar a prática de ato que almeje finalidade proibida por lei, deixar de praticar atos de ofício, negar

publicidade aos atos oficiais, frustrar a licitude de concursos públicos, deixar de prestar contas quando obrigado a fazê-lo, dentre outros.

Como se pode ver pelos artigos acima transcritos, a lei optou por delimitar minuciosamente quais são as condutas que ensejariam as penalidades nela previstas, justamente, para que não se caísse no erro de aplicar as penalidades constitucionais à conduta imoral menos gravosa.

Considerando, portanto, a gravidade de cada uma das situações descritas nos artigos 9, 10 e 11, do dispositivo legal que ora se analisa, o seu artigo 12º elencou as sanções aplicáveis a cada tipo.

#### *2.4.2 Sanções previstas aos atos ímprobos*

O inciso I, do artigo 12, trouxe as sanções para os atos que importem em enriquecimento ilícito do agente público. O inciso II, trouxe penalidade aplicável para casos em que haja lesões ao erário e o III, finalmente, trouxe o mandamento legal para a violação de algum dos princípios basilares da administração pública.

Adicionalmente, seja observado que as penalidades administrativas previstas neste artigo são independentes das sanções penais, civis e administrativas previstas nos respectivos instrumentos normativos.

Assim sendo, para os casos de enriquecimento ilícito, a norma prevê a perda dos bens ou dos valores adquiridos irregularmente, com o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos por oito a dez anos. Além disso, há o pagamento de uma multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, aplicada conjuntamente com a impossibilidade de contratar com o Poder Público.

No caso do dano ao erário, as penas previstas assemelham-se às da hipótese acima, exceto quanto à perda dos direitos políticos que é de cinco a oito anos e quanto à multa civil, que será de até duas vezes o valor do dano.

A última hipótese traz as penalidades mais brandas, de modo que as condutas são puníveis apenas com o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração do agente e a proibição de contratar com o Poder Público.

Por fim, o parágrafo único, do artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa, determina que o juiz deve levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente na cominação das penalidades previstas por esta lei.

Seja notado que, além das penalidades que já haviam sido previstas pelo artigo 37, §4º, da Constituição Federal, o dispositivo acima elencado trouxe a indisponibilidade dos bens do agente como uma das possíveis sanções para os atos de improbidade. Este dispositivo foi introduzido na lei para garantir que fosse possível a aplicação do ressarcimento do dano ao erário, de modo que a perda efetiva dos bens só se dará no limite do dano causado. Sobre o tema, exarou o Supremo Tribunal Federal:

Ação Civil Pública. Natureza Cível da Ação. Ministério Público- Prazo em dobro para recorrer. Improbidade Administrativa. Responsabilidade Solidária até a instrução final do feito. Indisponibilidade dos bens limitada ao ressarcimento integral do dano ao erário. (...) 4. É entendimento assente no âmbito desta Corte que, conforme o artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, a indisponibilidade dos bens deve ser limitada ao valor que assegure o integral ressarcimento ao erário e do valor de eventual multa civil.5. Cumpre à instância ordinária verificar a extensão da medida de indisponibilidade necessária para garantir o ressarcimento integral do dano, pois, avaliar se os bens constrictos excederam, ou não, o valor do dano ao erário, implicaria a análise do material probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte.

(STF, Rel. Min. Humberto Martins, AgRg nos EDcl no Ag 587748/PR, 2ª turma, 15.10.2009)

Há que se atentar para o fato de que os bens de natureza alimentar são indisponíveis, de modo que não podem ser penhorados ou renunciados, estando inclusa nesta categoria a remuneração do agente público. Igualmente impenhoráveis são os bens de família, que são albergados pela Lei 8.009/1990.

A possibilidade de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos decorrem da necessidade de implementação e respeito ao princípio da moralidade administrativa, sobre o qual já se versou neste trabalho. Assim sendo, em atendimento à moralidade, não seria razoável ou proporcional que se permitisse que agente condenado por improbidade, com enriquecimento ilícito, possa continuar a atuar livremente dentro da gestão pública.

Na aplicação dessas penalidades, não se pode olvidar jamais do princípio da proporcionalidade, já que são punições mais graves e devem prescindir do devido

processo legal, devendo cada uma das penalidades tramitar diante da autoridade competente para aplica-la, com garantia do contraditório e da ampla defesa, na forma das legislações aplicáveis.

A suspensão dos direitos políticos impede o agente de exercer sua capacidade eleitoral ativa e passiva, ou seja, não pode votar e nem se candidatar a cargos eletivos, nem propor leis de iniciativa popular, não pode propor ação popular, nem participar de partidos políticos, não pode ser editor ou relator de órgãos de imprensa, estando impedido de exercer qualquer cargo publico ou de dirigente sindical.

Em virtude da gravidade das consequências, tal sanção deve ser aplicada apenas pelo judiciário, que realizar uma ponderação acerca da extensão moral e material do dano causado e o cabimento e utilidade da pena. Tais penalidades não são cabíveis para simples afronta a moralidade, pois isto constituiria uma grave ofensa ao principio da proporcionalidade. Há que se atinar para o grau de reprovabilidade e escândalo social que a ação causa para poder estabelecer, em verdade, as condutas que estão ou não sob o manto da improbidade<sup>26</sup>.

O paragrafo 5º, do artigo 37, da Constituição Federal, determina que a ação de ressarcimento ao erário é imprescindível e imprescritível, sendo dever do chefe do poder executivo ao qual se vincula o agente improbo tomar as devidas providências em tal sentido.

#### *2.4.3 O Dolo como elemento essencial da improbidade administrativa*

Outro fator de balizamento do cabimento ou não da improbidade é a boa-fé, que é dever de todo servidor publico, sendo requisito essencial para a exclusão do dolo do agente em situações de improbidade. A boa-fé pressupõe conduta moralmente aceitável e pode ter o condão de retirar o agente do âmbito de atuação da Lei de Improbidade Administrativa, que, de maneira geral, não alberga a conduta culposa. Este entendimento provem do próprio STF, conforme segue:

Administrativo – Agravo Regimental – Improbidade Administrativa - Art. 10 da Lei nº. 8.429/92 - sanção do artigo. 12, II, da Lei de Improbidade – Boa fé do agente – Critérios de análise. 1. O contrato administrativo foi anulado porque deveria ter

---

<sup>26</sup> FREITAS, Ney José de. Ato Administrativo: Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

sido precedido de necessária licitação. Reconheceu-se aí ato de improbidade capitaneado no art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa. 2. A jurisprudência desta Corte está no sentido de que, uma vez reconhecida a improbidade administrativa, é imperativa a aplicação das sanções descritas no art. 12, II, da Lei de Improbidade. A única ressalva que se faz é que não é imperiosa a aplicação de todas as sanções descritas no art. 12 da Lei de Improbidade, podendo o magistrado dosá-las segunda a natureza e extensão da infração. 3. Os atos de improbidade só são punidos a título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92. (Min. Humberto Martins. AgRg no Resp nº 479812/SP, 2ª Turma., Dj 14.08.2007)

A grande maioria dos tribunais têm seguido o entendimento semelhante, de modo a considerar, portanto, que se o agente público toma conduta omissiva ou comissiva sem a vontade deliberada de causar dano ao erário, beneficiando-se com plena convicção dos seus atos, não há que se falar em improbidade administrativa. Leia-se entendimentos em tal sentido:

Apelação Cível. Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Nomeação de servidores para ocuparem, sem concurso público, cargo de provimento em comissão na prefeitura. Ausência de prejuízo ao erário e de recebimento de vantagem econômica pelo agente ou por terceiro. Ausência de má fé. Inexistência de afronta aos princípios norteadores da Administração Pública. Nomeação para atender ao convênio celebrado entre o Estado de Minas Gerais e a Municipalidade. O elemento subjetivo é de suma importância na averiguação do ato, em se tratando de improbidade administrativa. Como não houve indícios de dolo ou má fé, nem foi causado prejuízo financeiro aos cofres públicos, afastada está a hipótese de improbidade administrativa. Recurso a que se dá provimento. (TJ/MG, Rel. Des. Roney Oliveira, Ap. Cível nº 1.0713.03.018865-8/00, 8ª CC, DJ de 07.02.2007.)

Apelação Cível. Ação de Improbidade Administrativa. Rejeição da ação. Artigo 17, § 8º da Lei 8.429/92. Juízo de Prelibação. Aquisição de entorpecentes para uso. Veículo da Administração. Horário de serviço. Inocorrência da prática de ato de improbidade administrativa. inexistência de má fé do agente. Em que pese a existência de indícios de que o ato praticado e descrito na inicial se caracterize como ilícito, não há falar na aplicabilidade das sanções previstas na Lei Federal nº 8.429/92, diante da ausência de dano ao erário, enriquecimento ilícito e má fé por parte do agente público, impondo-se a confirmação da sentença que rejeitou a inicial da ação, nos termos do artigo 17, §8º, da Lei n. 8.429/92.31.

(TJ/MG, Rel. Des. Armando Freire, Ap Cível nº 1.0071.08.038592-6/001, 1ªCC, julgado em 28.04.2009)

Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>27</sup>, ao lecionar sobre a improbidade, ensina que “*a má fé é o substrato da intenção dolosa, em que a fraude e a falcatrua são determinantes para a obtenção de um resultado ilícito contra o texto legal*”. O mesmo autor nos revela que a vontade intencional do agente é requisito essencial, junto ao dano ao erário, para que se configure o ato de improbidade administrativa.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>28</sup>, por sua vez, ilumina quanto à diferenciação do dolo e da culpa:

Dolo é a violação deliberada, intencional, do dever jurídico. Considere na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa na falta de diligência. A culpa, com efeito, consiste na falta de diligência que se exige do homem médio. Para que a vítima obtenha a reparação do dano, exige o referido dispositivo legal que prove dolo ou culpa *stricto sensu* (aquiliana) do agente (imprudência, negligência ou imperícia), demonstrando ter sido adotada, entre nós a teoria subjetiva (embora não mencionada expressamente a imperícia, ela é abrangida pela negligência, como tradicionalmente se entende).

Se a autoridade competente para julgar e aplicar a pena entender, finalmente, que o agente incorreu em improbidade, deve ser verificado, conforme lição de Waldo Fazzio Junior<sup>29</sup>:

- a) Quais são, entre as sanções previstas para o caso, aquelas estritamente necessárias, para reprovar a conduta imputada ao agente público e, se for o caso, satisfazer o erário;
- b) se essas sanções são adequadas às circunstâncias subjetivas, entre as quais os elemento volitivo que moveu o agente;
- c) uma vez firmada sua necessidade de adequação, cumpre investigar se o resultado obtido com a fixação dessas sanções é proporcional à “carga coativa” que contêm, vale dizer, se as sanções guardam medida ou proporção com o escopo do processo, para não acarretar o excesso nem a falta.

O mesmo autor nos ensina que o juiz faz a<sup>30</sup>:

<sup>27</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 3. ed, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil. Volume 4. Responsabilidade Civil*. Ed. Saraiva, 2012.

<sup>29</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>30</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

a “aplicação do princípio da proporcionalidade, articulada com uma exegese conforme a Constituição (artigo 37, caput), robustece a probidade administrativa, vale dizer, o juiz procura valorizar a vontade normativa (artigo 37, §4º), reconfigurando a norma integrativa (artigo 12 e incisos da Lei 8.429/92) à medida adequada e necessária, para corrigir o ato de improbidade sub judice e reprovar seu autor. Sob essa perspectiva, o juiz resgata o legislador das algemas do passado; não o deprecia”.

Assim sendo, o juiz, seguindo critérios de proporcionalidade e razoabilidade, poderá cumular as sanções previstas, a depender da necessidade do caso, dentro dos limites legais. Segue entendimento no mesmo sentido:

Ação Civil pública. Improbidade Administrativa. Dano ao erário. Ausência. Princípios da Administração Pública. Ofensa. Configuração. Condenação. Proporcionalidade das penas. Observância. Diminuição da Pena. Inexistindo dano material ao erário é de ser excluída a pena de ressarcimento do dano. A condenação por infringência do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa deve pautar-se pelo princípio da proporcionalidade entre a pena e o dano.

(TJ/GO, Rel. Des. Rowilson Teixeira, Ap Cível n.º 01.001057-2, Camara Especial, julgado em 06.03.2002)

Percebe-se, portanto, que a noção de improbidade pressupõe conduta proposital e consciente do agente, não havendo que se falar em improbidade accidental, posto que não seria razoável punir um agente público, inclusive com a perda de seus direitos políticos, para situações menos gravosas.

#### *2.4.4 Apuração da Improbidade*

Os artigos de número 14 a 18 da Lei de Improbidade Administrativas é que regulamentam como deve ser apurada a improbidade nas esferas civil e administrativa.

Tais dispositivos determinam que a apuração do ato de improbidade pode ter início por representação de qualquer pessoa junto à autoridade administrativa competente. A representação deve ser escrita ou reduzida a termo e assinada, por representante devidamente qualificado e informações suficientes sobre materialidade e autoria da infração, acompanhada de indicação das provas das quais se tenha conhecimento, sob pena de rejeição por parte da autoridade competente.

Atendidos os requisitos acima elencados, a apuração deverá ser determinada imediatamente, aos moldes dos artigos 148 a 182 da Lei n.º 8.112/90 ou de acordo com a legislação militar, nos casos específicos de condutas praticadas por militares.

A norma determina, ainda, que a comissão processante deve comunicar ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas sobre a instauração de procedimento administrativo disciplinar para apuração de ato de improbidade. Estas instituições podem designar representantes para acompanhar o procedimento.

Segundo o procedimento estabelecido pelo artigo 16, a comissão deve representar ao Ministério Público ou à procuradoria do seu órgão para que estes por sua vez solicitem ao juízo competente para decretar o sequestro dos bens do agente ou terceiro com enriquecimento ilícito ou que tenha causado dano ao erário. Tal pedido de sequestro seguirá o rito previsto nos artigos 822 a 825 do Código de Processo Civil. Havendo necessidade, pode ser instaurada sindicância patrimonial, com investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras.

A ação principal, que tramitará em rito ordinário, deve ser proposta pelo Ministério Público ou por pessoa jurídica interessada no prazo de trinta dias da efetivação da medida cautelar, sendo vedada transição, acordo ou conciliação. Observe-se que o parágrafo 4º, do artigo 16, da Lei n.º 8.429/92, determina expressamente que se o Ministério Público não intervir como parte no processo, deve atuar como fiscal da lei, sob pena de nulidade de todo o procedimento.

Observa-se que o Ministério Público conduzirá ampla investigação para buscar elementos suficientes para que se proponha a ação civil, devendo haver uma preliminar convicção da ocorrência de improbidade no inquérito civil.

Já na esfera administrativa, devem ser obedecidos os procedimentos estabelecidos pela Lei 8.112/1999 para a apuração das infrações disciplinares, dentre as quais encontram-se a simples afronta ao princípio da moralidade, com possibilidade de penalização com advertência e a improbidade administrativa, que leva à aplicação da pena de demissão do servidor, conforme já foi mencionado em momento anterior.

Com relação à apuração criminal de condutas que, além de configurarem o ilícito administrativo da improbidade, se subsumirem a algum dos tipos penais, a persecução se dará aos moldes estabelecidos pelo código de processo penal. Vale lembrar, como já foi dito anteriormente, que as instâncias civil, penal e

administrativa são independentes, de modo que as conclusões de cada uma delas não vincula as outras. A única exceção a tal regra é a comprovação da inexistência do fato criminoso ou da negativa de sua autoria, conforme já se viu anteriormente.

Diante do exposto, pode-se perceber que a improbidade administrativa é conduta que teve sua apuração minuciosamente detalhada pela legislação para que se resguarde o patrimônio e o interesse público, em face daqueles agentes que não os respeitem, de modo que não abra espaço ilimitado para arbitrariedades do estado.

### **3. CONCLUSÃO**

Pelo exposto no presente estudo, pode-se perceber a intenção do legislador, ao editar a Lei de Improbidade Administrativa, no sentido de direcionar os agentes públicos e aqueles competentes para o controle da legalidade e legitimidade de seus atos na direção da moralidade administrativa.

Nesta esteira, com a evolução da sociedade em seu desejo de moralizar a gestão pública, houve um intento de conciliar a moralidade com a legalidade, que permeia um Estado Democrático de Direito e suas instituições.

Não é mais suficiente, portanto, que o servidor público aja apenas com legalidade. Ele precisa travar atos que sejam determinados pela lei, agindo sempre conforme a moralidade administrativa, com lealdade e boa fé diante das instituições que servir.

Para aqueles agentes públicos que não respeitarem a vontade legal e a vontade principiológica do ordenamento jurídico, a Lei de Improbidade prescreveu as sanções cabíveis às diversas situações que se subsumirem ao conceito de improbidade, as quais devem sempre obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade para que não haja excessos por parte do poder sancionador do Estado e para que, também, a penalidade aplicada seja justa e adequada.

Lembre-se que as penas previstas são pesadas e gravosas ao agente, posto que este pode ser punido com a indisponibilidade de seus bens, que podem vir a ser utilizados para o ressarcimento ao erário do dano causado, podendo haver a perda dos direitos políticos, a demissão do cargo públicos, dentre outras penalidades.

Nestes termos, há que se avaliar a gravidade da conduta, sendo perscrutada a sua reprovabilidade social, a extensão do dano causado e a própria intenção do agente, posto que nem tudo que é imoral é necessariamente ímprobo.

Por fim, foi possível perceber um amadurecimento dos limites da improbidade nas esferas cível, penal e administrativa, que tramitam com independência e autonomia, embora possam comunicar-se entre si para a elucidação uma das outras, no que couber e no que for possível, de modo que a única vinculação se dá a partir da sentença penal que julgar não haver a materialidade do fato ou negar a sua autoria por parte do agente que se julga ímprobo.

Não se pode olvidar que, em todos os atos, devem ser observados os princípios consagrados no caput do artigo 37 da Carga Magna, que auxiliarão a autoridade competente por ocasião da apuração da improbidade. Nestes termos, a autoridade julgadora também deve atuar respeitando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Há que se recordar, por fim, que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sejam tidos como similares ou complementares, são de extrema importância, devendo sempre estar na mente e no bom senso daquele que julga o agente público sob suspeita de improbidade, cuja boa fé deve ser considerada nos casos em que estiver presente.

Conclui-se que, embora seja anseio social e dever do Estado realizar a efetivação da moralidade, tal ação deve ser feita também dentro de limites constitucionais, legais e principiológicos estabelecidos, posto que a própria dignidade do agente público, como a de qualquer cidadão, deve ser garantida, não sendo aceitáveis que o próprio Estado se exceda em seu mister punitivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. *Ética*. Ediciones Akal. Espanha, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

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

FAGUNDES, M. SEABRA. *O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense.

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

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREITAS, Ney José de. *Ato Administrativo: Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil. Volume 4. Responsabilidade Civil*. Ed. Saraiva, 2012.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9 ed. São Paulo: Método, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 3. ed, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo: RT.  
MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Medeiros, 2012.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*.

NEVES, Daniel; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*, São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade Administrativa no Exercício das Funções do Ministério Público*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.