

FEMPAR – FUNDAÇÃO ESCOLA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ

REGIANE MARIA NADOLNY MOREIRA

**OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE E AS
SANÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

CURITIBA

2009

REGIANE MARIA NADOLNY MOREIRA

OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE E AS SANÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Ministério Público – Do Estado democrático de Direito, na área de concentração em Direito Constitucional, Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

REGIANE MARIA NADOLNY MOREIRA

OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E AS SANÇÕES
NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista no curso de Pós-Graduação em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, examinado pelo Professor Orientador Fernando Gustavo Knoerr.

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr

Orientador

Curitiba, de de 2.009.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr, pela precisa orientação.

Ao Promotor de Justiça, Paulo Ovídio dos Santos Lima, que me fez tomar gosto pelo estudo do Direito Público.

Aos meus pais, Roseli e Celso, minha eterna gratidão, por terem me ensinado a acreditar no valor superior da honestidade.

Ao Marcos, pelo incentivo e compreensão nestes anos de convívio.

Também à pequena Ana Júlia, pelos momentos de descontração.

“De tanto ver triunfar as nulidades e ver prosperar a desonra, crescer a injustiça, agigantar-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e ter vergonha de ser honesto”.

Ruy Barbosa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
-------------------------	---

CAPÍTULO 1

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 Definição de princípios e distinção com as regras.....	9
1.2 Força normativa dos princípios	16
1.3 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.....	20

CAPÍTULO 2

2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 O tratamento dos princípios da Administração Pública na CF de 1988.....	25
2.2 Princípios e características.....	26

CAPÍTULO 3

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Noções gerais.....	37
3.2 Aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na Jurisprudência Pátria.....	42
3.3 Legitimidade compulsória do Ministério Público no combate à improbidade Administrativa	47

CONCLUSÃO	53
------------------------	----

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	56
---------------------------------------	----

RESUMO

Após o surgimento da Administração Pública, a improbidade administrativa é fenômeno que acompanha o homem em sua trajetória no tempo. O intuito do legislador, ao criar a Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, foi combater os atos praticados por agentes públicos que lesionavam, de alguma forma, o bom funcionamento da Administração Pública. Consoante as condutas ímprobas, foram criados três artigos – art. 9, 10 e 11 da Lei 8.429/92 - a fim de impedir que tais agentes se enriquecessem ilicitamente, causassem prejuízos aos cofres públicos ou violassem os princípios da Administração Pública. Tendo assentada essa premissa, é de considerar também que para auxiliar o órgão julgador, existem princípios norteadores. Dentre eles, encontra-se o da proporcionalidade e o da razoabilidade, princípios constitucionais, interligados de natureza implícita, derivados de um dos princípios basilares da Administração Pública, o da legalidade. Por sua vez, no estado de direito, o Ministério Público vislumbra na Constituição Federal não só o ápice da pirâmide normativa, mas um conjunto de princípios e regras de cumprimento obrigatório. Sua legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social foi estabelecida expressamente pela Constituição Federal no inciso III, de seu art. 129.

Palavras-chaves: improbidade administrativa; princípios da moralidade e razoabilidade; Sanções; Ministério Público; legitimidade.

INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade em constante transformação que, com o intuito de manter a ordem social, cria mecanismos a fim de assegurar o equilíbrio das relações interpessoais. Estas relações envolvem toda a sorte de direitos, garantias, deveres e obrigações dos quais destacamos, como objeto de estudo, a questão da ética no serviço público.

A partir do momento em que os agentes públicos deixam de agir sob a égide e a luz da moral, configura-se no plano material a improbidade administrativa, o ato ímprobo que traz prejuízos à ordem pública e social, seja a médio ou longo prazo.

A finalidade precípua deste estudo, ao discorrer sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa, é abordar a questão ética e moral que fundamenta o Estado Democrático de Direito e tem como consequência a aplicação dos bons princípios da administração pública.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão positivados na Lei nº 9.784/99 (art. 2º, *caput*). Além disso, são reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência também como princípios do sistema constitucional brasileiro (CF, art. 5º, §2º) e que, portanto, regem não só o Direito Processual, mas todos os ramos da Ciência Jurídica.

Na precisa lição do professor Wallace Paiva MARTINS JÚNIOR, “os princípios de direito são positivos, e tanto faz serem explícitos ou implícitos, pois em verdade, eles são enunciados basilares de um ordenamento jurídico que age, reage e interage, inclusive com suas normas, pela perfeita compreensão de seus alicerces fundamentais (os princípios jurídicos)”.¹ A improbidade administrativa frustra valores constitucionais fundamentais.

¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. – São Paulo: Saraiva. 2001. p.23.

Nesse passo, complementa o autor (...) a Constituição brasileira foi pródiga, positivando alguns dos princípios da Administração Pública, que são positivados para sustentar a própria ordenação jurídica positiva.²

A improbidade administrativa tem como característica principal seu grave potencial lesivo. Desta forma, agride agudamente os princípios nucleares da ordem jurídico-constitucional, somado a sua nociva repercussão sobre a vida social, pelo mau exemplo que dissemina e pelo rótulo de descrédito que aplica à classe dirigente do nosso país. Portanto, tema que merece atenção na vida cotidiana de todos os estudiosos do direito e de todo cidadão de um modo geral.

O presente trabalho tem por escopo principal analisar as sanções que se aplicam aos agentes públicos que deixam de agir com o amparo da moral, honestidade e boa-fé, configurando-se desta forma a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, objeto da análise em questão.

² Ibidem, p.23.

CAPÍTULO 1

1.1 Definição de princípios e distinção com as regras

Todas as sociedades têm por alicerces determinados valores que lhe são inerentes. Esta comunhão de valores determina como ocorrerão os confrontos ensejando um poder estruturado dominante, através do qual surgiram as regras reguladoras para um convívio social pacífico.

Estas regras de Direito se dividem em direito objetivo e direito subjetivo. A plenitude destas leis que regulam as atividades em comum de determinada sociedade podem estabelecer padrões de conduta ou comportamentos (direito objetivo), mas também é assegurado ao indivíduo um estatuto subjetivo destacando direitos, liberdades e garantias pessoais.³

Esta integração entre direitos objetivos e subjetivos é que concede a Norma Fundamental de supremacia, a qual se firma no alicerce do Estado de Direito. Assim, interpretar uma norma significa compreendê-la no seu contexto naquela sociedade, considerando-se precipuamente sua finalidade social.

De acordo com o magistério de José Maria Pinheiro MADEIRA⁴ constatamos que “o Direito tem por escopo fazer com que estes valores se operacionalizem num determinado momento histórico e contexto sócio-cultural”.

³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Princípios Informadores do Direito Administrativo*. – São Paulo: Editora NDJ, 1997, p.9.

⁴ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*. 2ª ed.– Rio de Janeiro. América Jurídica. 2003. p.1.

Idem: p.1. “Para que exista uma sociedade é fundamental que haja uma comunhão de valores regida pela *ethos* e a visão do mundo, pois estes lhe darão o arcabouço permitindo-lhe a manifestação. Os valores, portanto, são construções que devem ser vistas através do confronto das partes como um todo e vice-versa – indivíduo/sociedade e lei/partes (artigos e preceitos) - e deverão ser entendidos dentro de uma visão dialética, com objetivos bem definidos, propiciando-lhes o esclarecimento recíproco como é comum no estudo de qualquer estrutura social. Cabe ao direito a administração e operacionalização desses valores. O direito em seu propósito de realizar a justiça, buscará operacionalizar esses valores. A partir daí, surge o ordenamento jurídico como um conjunto de normas que expressam os valores da sociedade”.

O mesmo autor complementa de forma clara e didática. “O direito em sua essência, é um poder moral, isto é, um poder que se baseia na razão e na lei moral. Opõe-se assim, ao poder físico, que se baseia na força. A força, certamente pode ser justa, mas não é o direito. A justiça consiste na vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe é devido”.⁵

Derivada do latim a palavra *principium* tem vários significados no idioma pátrio. Por um lado, quer dizer base inicial, fonte, alicerce, origem, ponto de partida. Tal noção, explica-nos Paulo BONAVIDES, deriva da linguagem da geometria, "onde designa as verdades primeiras"⁶ Não é este, porém, o sentido que adotamos quando nos referimos aos princípios constitucionais. Princípio é a regra a seguir, norma, idéias fundamentais, valores básicos da sociedade, com a função de assegurar a estabilidade da ordem jurídica e a continuidade e igualar o sistema jurídico.

Segundo J. Cretella Júnior, “o papel da principiologia jurídica é a sistematização racional dos princípios, como forma de estudo preliminarmente necessário para a estruturação científica. As proposições formuladas com base neste estudo estão jungidos de rigor científico e têm como finalidade a explicação da direção da conduta humana resumida nas leis.”⁷

Os princípios têm a responsabilidade, na ciência jurídica, de organizar o sistema e atuar como ponto de partida para todo o ordenamento jurídico. Servem como base no sistema jurídico, fazendo com que diversas normas sejam fundamentadas, estruturadas e compreendidas. Seriam pensamentos diretores, nas quais os institutos e as normas vão se apoiar e fixar, ajudando a consolidar e interpretar normas administrativas. Por fim, princípios são normas jurídicas estruturais de um dado ordenamento jurídico.⁸

⁵ Ibidem, p.2

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 228.

⁷ CRETELLA JÚNIOR, J. *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, vol. X, 1972, 1ª Ed., p. 28-29.

⁸ O pesquisador Gastón Jèze, preocupado com o modo de aprofundamento dos estudos dos princípios do direito administrativo aduz: “não abusem dos raciocínios puramente lógicas,

Miguel REALE foi buscar nas palavras do Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná, Walter Claudius ROTHENBURG, uma louvável definição de princípio. Na ótica daquele doutrinador, princípios são:

(...) verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.⁹

Todo ato administrativo deve ser praticado observando os princípios da administração pública, pois se assim não for será inválido, conseqüência esta que representa a sanção pela inobservância deste padrão normativo, cuja reverência é obrigatória. Os princípios acarretam um dever positivo para o servidor público.

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém¹⁰.

rigorosamente deduzidos de máximas jurídicas correntes. As máximas e soluções puramente lógicas, delas deduzidas, são sem dúvida muito sedutoras pela simplicidade, rigor e precisão matemática de que se revestem. No entanto, os raciocínios, exclusivamente dedutivos e lógicos, são muito perigosos. O jurista não tem que resolver problemas de matemática pura, mas problemas sociais eminentemente complexos, devendo esforçar-se por conciliar os diversos interesses em conflito, conseguindo, desse modo, a manutenção da paz social (...) O raciocínio puramente lógico, é o inimigo das conciliações, das transações indispensáveis para a manutenção da paz social e, portanto, do bom funcionamento do serviço público. Quando a aplicação lógica de um máxima jurídica conduz a conseqüências socialmente perniciosas, isso é frequentemente a melhor prova de que a máxima foi invocada de maneira abusiva. Nunca é demais repetir que o direito não é um jogo espírito, um exercício de lógica para teóricos de gabinete, Trata-se, antes de tudo, de encontrar soluções práticas para um problema social, conciliando do modo mais adequado possível os interesses opostos. Uma solução jurídica deve ser valorada na medida em que contribui para a manutenção da paz social. Uma teoria jurídica é apreciada, antes de mais nada, pelas conseqüências sociais.” – *Gastón Jéze. Principios Generales del Derecho Administrativo*, Ed. Argentina, vol. II, parte 2ª, 1949, p. 316. apud, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op cit., p. 10-11.

⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius apud REALE, Miguel. *Principios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 14-15.

¹⁰ Op. cit. p.203

Em sentido contrário, Arnaldo VASCONCELOS: "Os princípios gerais de Direito, nada obstante sua força vinculante, não são, contudo, normas jurídicas no sentido formal do termo" ¹¹ "(...) apesar de terem positividade, não constituem normas jurídicas". Porém, mais à frente, o professor cearense, contraditoriamente, sustenta que o princípio "não representa mera aspiração ideológica, mais do que isso: uma norma jurídica iguais às outras, sem mais, nem menos, tanto que não lhe falta a possibilidade de sancionamento".

A Carta Magna de 1988 traz em seu bojo os direitos do homem e os grandes princípios de justiça, cabendo ao legislador, à jurisprudência, à administração pública e aos particulares a tradução, bem como interpretação do Direito de acordo com os devidos valores por eles demonstrados.

Os princípios administrativos, de forma implícita ou explícita, estão positivados na Constituição Federal. Antes de analisarmos estes princípios, cabe assinalar que os mesmos se constituem mutuamente e não se excluem.

Nesse sentido, ainda José Maria Pinheiro MADEIRA, enfatiza que:

Os princípios fundamentais que norteiam à administração pública que decorrem da bipolaridade do direito administrativo são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular de onde se originam todos os demais, pois protegem a liberdade do indivíduo e a Autoridade da Administração.¹²

No mesmo passo, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende: "Sendo o direito Administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios apresentam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração" ¹³

¹¹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. - São Paulo, Malheiros. 1993, p. 208-210.

¹² MADEIRA, José Maria Pinheiro Op. cit. p 02.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo – 19ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006, p. 58-62.*

Mas como, ponto de partida, princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes, sendo o alicerce, os fundamentos da ciência. Os princípios podem ou não estar expressamente escritos no ordenamento jurídico, muito embora em sua maioria não estejam. Eles informam, orientam e inspiram preceitos legais por dedução e podem deles ser extraídos, via raciocínio indutivo, mas com as regras não se confundem.

Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.¹⁴

Os princípios, antes da chegada dos códigos, não passavam de fonte secundária de interpretação, com a positivação em regras por eles informadas os princípios deram um verdadeiro salto qualitativo e acabaram aportando nas Constituições, aumentando, significativamente, a importância e o prestígio, segundo registro de Paulo BONAVIDES.¹⁵

Em seu patamar atual, os princípios passaram a ser tratados como normas jurídicas, concepção segundo a qual os colocamos, como espécies do

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 248-250. O professor Bonavides, afirmou que recorreu às lições de Robert Alexy. Este, por sua vez, conforme o ilustre professor cearense, considerava o traço da generalidade como o principal para a distinção, assegurando que os princípios possuem alto grau de generalidade relativa, enquanto que as regras são de baixo grau de generalidade. Elenca, ainda Bonavides, critérios sugeridos por vários autores, dizendo: Os demais critérios distintivos aparecem a seguir enunciados: o da 'determinabilidade dos casos de aplicação' (Esser), o da origem, o da diferenciação entre normas 'criadas' (geschaffenen) e normas 'medradas' ou 'crescidas' (gewachsenen Normen), referido por Schuman e Eckhoff, o da explicitação do teor de valoração (Canaris), o da relação com a idéia de Direito (Larenz) ou com a lei suprema do Direito (Bezug zu einem obersten Rechtsgesetz), segundo H. J. Wolff, e, finalmente, o da importância que têm para a ordem jurídica (entre outros, Peczenik e Ziembinski). Segundo Bonavides, Alexy teria encontrado três teses acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira assegurava que nenhum dos critérios distintivos seria suficiente para, isolado dos demais, garantir o acerto da diferenciação; a segunda é a que admite a diferença entre regras e princípios com base no grau de generalidade; a terceira tese (única aceita como válida por Alexy) defende que a diferença entre regras e princípios se estabelece tanto em razão de grau, como de qualidade. E o critério gradualista-quantitativo.

¹⁵ Ibidem p, 259.

gênero norma, convivendo com as regras, também espécies dessas mesmas normas.

Diversas escolas tratam do assunto, sendo que a maioria dos autores pátrios segue a corrente que considera a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, como faz, por exemplo, o prof. CANOTILHO.

Assim, identificando nas normas constitucionais princípios e regras, traçaremos distinção entre estes, posto que podem e devem ser entendidos separadamente. Nesse contexto, um dos interessantes elementos de distinção entre princípios e as regras, é a possibilidade de entrarem aqueles em choque ou em rota de colisão, tendo em conta que convivem em verdadeiro estado de tensão conflitiva, problema a ser resolvido sopesando valores, em cada caso concreto, ou seja, numa dimensão axiológica; diferentemente das regras, que se chocam numa dimensão de validade.¹⁶

As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida.¹⁷

Os princípios recebem todas estas fundamentações para que no estudo do Direito Administrativo seja traçado um regime jurídico de direito público

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000. p.1123.

¹⁷ Nas palavras de Emerson Garcia: "(...) regra é um tipo de norma que, presentes os pressupostos autorizadores de sua aplicação, regerá determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio por sua vez, é um tipo de norma cujos os pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando com valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso (...). A adoção dos princípios tornará a norma mais fluida e indeterminada, pois revestem-se de um grau de abstração e generalidade mais acentuado do que as regras; por outro lado, a menor determinabilidade do campo de aplicação da norma será compensado com uma adequação mais célere aos valores que disciplina, o que também exige maior responsabilidade do operador do direito ao sopesar sua axiologia e densificar seu conteúdo. De forma sintética, pode-se dizer que a aplicação das regras se esgota em uma operação de subsunção, enquanto que os princípios possibilitam um exercício de ponderação, permitindo que sejam sopesados os valores que informam determinada ação fática, culminando com a identificação da solução justa para o caso concreto." GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 14-15.

que lhe seja próprio, assim definido por Lúcia Valle FIGUEIREDO como sendo “um conjunto de regras e princípios a que se deve subsumir a atividade administrativa no atingimento de seus fins.”¹⁸

É faculdade do julgador, ele próprio, formular a solução mais adequada ao caso concreto, com a observância das normas específicas ao caso, aqui incluídos, logicamente, regras e princípios, e procurando manter a integridade dos direitos fundamentais conflitantes.

É oferecido ao aplicador, nesse mister, o princípio da proporcionalidade, capaz de indicar, em cada caso concreto, a solução mais adequada, porque é a mais suave e a mais vantajosa, oferecendo maior proteção com o menor sacrifício. Ou seja, em todo conflito prévio à aplicação do direito, deverão ser sopesados, proporcionalmente, os valores em jogo, em busca da solução que melhor recomponha os direitos lesados ou ameaçados.

Concluimos, por conseguinte, que chamar uma norma de princípio ou de regra depende da fundamentação utilizada, optando por não utilizar para distinguir seus conceitos a questão da posição hierárquica que ocupa no ordenamento jurídico, ou a doutrina tradicional.

É certo que sem o avanço da humanidade em busca do Estado Democrático de Direito os princípios não teriam adquirido a dimensão que ora lhes concedemos, pois nós não teríamos descoberto as suas múltiplas utilidades.¹⁹

Importante registrar que a compreensão de ser a constituição um sistema aberto, composto de regras e de princípios, ambos com a qualidade de normas jurídicas veio a facilitar, também, a ascensão dos princípios, já que sem a "normatização dos princípios" eles não poderiam desempenhar as funções

¹⁸ Op. Cit, FIGUEIREDO, Lúcia Valle., p. 35.

¹⁹ Op. Cit. BONAVIDES, Paulo p.172

fundamentadora, interpretativa, integrativa, diretiva e limitativa que estão exercendo²⁰

Assim, se podemos dizer que o âmago das constituições é a busca da ordem política e da paz social, devemos defender a salutar convivência de regras e de princípios em nosso Ordenamento Maior.

1.2 Força normativa dos princípios

Os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. E mais: os princípios, dispostos expressamente na Constituição, são normas jurídicas com um grau máximo de juridicidade, cuja normatividade é, por conseguinte, potencializada.

A metodologia constitui na pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema e a realização de grupos de estudos, no sentido de buscar o melhor entendimento constitucional. O resultado é a afirmação de que o não reconhecimento da força normativa trata-se de uma completa inversão de valores, como se fosse o princípio que girasse em torno da lei, e não o inverso.

No princípio (em sua gênese), de acordo com a doutrina tradicional, regras de conduta e normas se confundiam, pois se veiculavam e eram interpretadas e integralizadas pelos princípios.²¹

Não se tem a pretensão de colocar os princípios em grau de hierarquia maior que o próprio direito positivado, mas também não se pode entender que são meros complementos das regras.

O que ocorre na concepção atual, um período pós-positivista, é a visão ampla que os princípios não se contrapõem as normas, fazendo parte de um mesmo complexo ordenamental.

²⁰ “O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (...) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do possível fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema” ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 186.

²¹ Op. cit. GARCIA, Emerson p.40.

Assevera Emerson GARCIA: “Em sua dimensão integrativa, os princípios conferem maior unidade ao sistema normativo, possibilitando o estabelecimento de uma conexão entre as múltiplas regras que o compõe e permitindo que os valores que veiculam incidam de forma adequada e coerente sobre diferentes situações, afastando o risco de contradições no sistema.”²²

A Administração Pública na realização das atividades que lhe competem é regida por normas, mas além destas existem os princípios, que são preceitos gerais que informam amplo campo de atuação deste ramo do direito para cada matéria ou setor.

Os princípios carregam consigo alto grau de imperatividade, o que denota seu caráter normativo exigindo a necessária conformação conduta aos seus ditames o que denota o seu caráter normativo.

Resta claro, conforme aduz Emerson Garcia, “que sendo cogente a observância dos princípios qualquer ato que dele destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para inobeservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória.”

Neste passo, Odete MEDAUAR:

No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado, os princípios auxiliam a compreensão e a consolidação de seus institutos. Acrescente-se que, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de

²² “Os princípios gerais são apenas, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva ao engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. A meu ver não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?” BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7a ed. Unb, Brasília, 1996, p.159.

momento, resultando em multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão de seus direitos e deveres.²³

Se por um lado parece fácil aceitar a ideia de que os princípios expressos são normas jurídicas e, por isso mesmo, devem ser tratados como normas capazes de impor obrigações e direitos no mundo fático, o mesmo não se pode afirmar quando nos referimos aos princípios não expressos.

Ademais, uma vez incorporados a Constituição, os princípios fundamentais passam a suscitar interesse no tocante a sua tipificação ou enquadramento normativo.

Com efeito, ninguém duvida que o princípio da legalidade, explícito no art. 37 *caput* da CF/88, deve ser por todos observado, sobretudo por se tratar de norma elevada à categoria de cláusula pétrea da Administração Pública.

Por outro lado, bem mais difícil é admitir a juridicidade de princípios tais qual o da proporcionalidade, ou mesmo da unidade da Constituição, que carecem de disposição expressa. Quanto ao princípio da proporcionalidade, é de se anotar que várias leis infraconstitucionais fazem a ele referência, sendo de se destacar que a Lei do Processo Administrativo Federal (9.784, de 29 de janeiro de 1999), em seu art. 2º, inclui expressamente a proporcionalidade entre os informadores do procedimento administrativo.

No entanto, deve-se ter em conta - e isto já é pacífico, apesar das intermináveis discussões em torno do Direito Natural, que parece estar superada em face do surgimento dessa nova teoria pós-positivista que, ao "valorizar" a norma, considera que o Direito Natural está "positivado" - que os princípios não necessitam estar expresso num determinado diploma jurídico para ter força vinculante, vez que eles podem ser encontrados "de forma latente" no ordenamento. Os princípios

²³ Idem. MEDAUAR, Odete. p.121.

gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios, figurem ou não nos Códigos.²⁴

Aliás, é interessante notar que a própria Constituição pátria vigente "positiva" este entendimento quando afirma que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados" (§2º, do art. 5º).²⁵

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Desta forma, concluí-se que, a Administração Pública na realização das atividades que lhe competem é regida por normas, mas além destas existem os princípios, que são preceitos gerais que informam amplo campo de atuação em cada matéria ou setor.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO esclarece: "O conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo".

²⁴Crítica interessante acerca da necessidade de se "normatizar" a Constituição em matéria de Direito Constitucional, é fundamental que se diga, ser positivista não significa reduzir o direito a norma, mas sim elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos que isto. Não é próprio das normas e das normas constitucionais - sugerir, aconselhar, alvitar. São elas comandos imperativos. O resgate da imperatividade do texto constitucional, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste País habituado a maltratar suas instituições. *Ibidem* p.122.

²⁵Especificamente em relação aos princípios regentes da atividade estatal, é importante lembrar que estão eles inseridos, em profusão, no texto constitucional. Este fato, longe de representar a mera constatação da força legitimante da Constituição, por ocupar ela o ápice da pirâmide normativa, torna cogente que os princípios sejam conferidas a normatividade e imperatividade inerentes a todo e qualquer comando contido na norma fundametal. Negar essas características como inerentes aos princípios é o mesmo que negar a própria dignidade normativa da Constituição, relegando a plano secundário sua rigidez e supremacia e fazendo com que a adequação do texto constitucional seja vista sob um prisma meramente formal, mantendo em plano secundário a pauta dos valores contemplada pelo Constituinte

Portanto, a interpretação segundo os princípios, vai sempre depender das variáveis do caso concreto e o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

1.3 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Embora se extraia da leitura do caput do artigo 37 da Carta Federal que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não estão ali dispostos, estes encontram assento em nosso texto maior. São princípios implícitos, decorrentes do princípio legalidade e da finalidade.

Na legislação infraconstitucional, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são mencionados expressamente no artigo 2º da Lei Federal nº 9784, de 29/01/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Neste mesmo diapasão, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, determina quando discorre sobre o assunto que:

O art. 37, caput, reportou de modo expreso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade da moralidade, da publicidade e da eficiência. Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros merecem igualmente consagração constitucional: uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, caput; outros por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequência irrefragáveis dos aludidos princípios; outros finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e pois, do sistema constitucional como um todo.²⁶

O princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas -, e os fins

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo.. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.41.

pôr ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes. Na lição de Marino PAZZAGLINI FILHO lemos:

Que a atuação do agente público e os motivos que a determinam, de um lado, devem ser razoáveis (adequados, sensatos, aceitáveis, não excessivos) e o resultado do agir administrativo, o objeto decorrente da atuação do agente público, de outro, há de ser proporcional (adequado, compatível, apropriado, não excessivo) aos fatos ou motivos que o ensejaram. ²⁷

Em contrapartida, Maria Sylvia ZANELLA DI PIETRO anota: Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.²⁸

Destarte, é necessária uma análise dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade²⁹, assim definidos na doutrina:

Precede, ainda, do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou a sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a

²⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios Constitucionais Reguladores Da Administração Pública. São Paulo: Atlas, p. 43

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Op. cit, p.81.

²⁹ Anote-se que alguns autores pátrios separam proporcionalidade e razoabilidade. À esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação de entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. No direito estrangeiro, o ordenamento norte-americano e o argentino, por exemplo, operam com a razoabilidade. Os ordenamentos europeus, sobretudo alemão e francês, utilizam o princípio da proporcionalidade. A Corte de Justiça da União Européia afirmou como princípio comunitário o da proporcionalidade. Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios e dos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas com avaliação adequada da relação custo benefício, aí incluído o custo social. MEDAUAR, Odete. Direito administrativo Moderno. 12 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. p.129.

providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicada é inválida por consistir em um transbordamento da finalidade legal.³⁰

Na realidade, o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns da sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.³¹

Resulta desses princípios, a proibição do excesso, vale dizer, a proibição de condutas administrativas desarrazoadas, exorbitantes, ou ainda, disparatadas.

Nesta mesma linha o mestre, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ressalta que a razoabilidade significa a justeza, a coerência da ação administrativa em face do fato ou do motivo que a originou. Ela tem que ser resultante de motivo “razoável e justo” (aceitável, sensato e não excessivo) que legitima, por necessidade social sua prática. A proporcionalidade, por sua vez, significa a adequação, a compatibilidade e a suficiência da resposta administrativa ao fato ou ao motivo que a ensejou.

No exame dos atos de improbidade administrativa, é crucial que se levem em conta não apenas os princípios informativos explícitos, mas também os implícitos, para que se caracterize a efetiva deformação funcional e acabe de vez com agente público ímprobo.

Vislumbra-se também que estes princípios estão intimamente relacionados ao “poder discricionário” do administrador público, posto que deverá haver uma relação lógica e pertinente entre a finalidade de determinada sanção, o objeto deste estudo e a conduta do agente visando, deste forma, impor limitações à aparente discricionariedade.

³⁰ Op. cit. BANDEIRA DE MELLO, p 38.

³¹ Op. cit. Maria Sylvia ZANELLA DI PIETRO, p. 72.

Como se vê na lição do administrativista Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO “discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: ‘A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal’”.³²

Acrescenta o festejado autor, ademais, que “Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos”.

Assim, poder-se-ia dizer que o parágrafo único do artigo 12 da Lei 8.429/92 trataria analogicamente do assunto em questão, isto é, quando o legislador previu que o juiz deveria fixar a pena levando em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, o criador da norma estaria implicitamente fazendo alusão ao princípio da proporcionalidade, uma vez que caberá ao sentenciador impor ao infrator uma consequência jurídica capaz de puni-lo, contudo dentro dos limites existentes entre os meios e o fim, ou seja, entre a conduta e o dano efetivo.

Em suma, entende-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade visam compatibilizar os meios aos fins desejados, entre as medidas utilizadas e a sua finalidade, limitando a discricionariedade administrativa.

Fique claro que à declaração de princípios gravada no art. 37 e seus incisos, corresponde a um vasto elenco de direitos subjetivos pessoais, tão fundamentais quanto os arrolados no art. 5º. Exemplificando, são direitos subjetivos pessoais gerados pelo art. 37 o direito que todo cidadão tem a uma administração

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio Op. cit, p. 368-370

impessoal, bem como o de conhecer o teor das decisões administrativas, as condições de contratações de agentes públicos, obras e serviços (todos os artigos referidos são da Constituição Federal).

Alguns autores pátrios separam proporcionalidade e razoabilidade. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação de entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. No direito estrangeiro, o ordenamento norte-americano e o argentino, por exemplo, operam com a razoabilidade. Os ordenamentos europeus, sobretudo alemão e francês, utilizam o princípio da proporcionalidade. A Corte de Justiça da União Européia afirmou como princípio comunitário o da proporcionalidade.

Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios e dos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas com avaliação adequada da relação custo benefício, aí incluído o custo social.³³

³³ MEDAUAR, Odete. Op. cit.. p.129.

CAPÍTULO 2

2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

2.1 O tratamento dos princípios da Administração Pública na Constituição Federal de 1988

Para adentrarmos aos princípios basilares da Administração Pública, antes, devemos entender o significado deste instituto. Preliminarmente, alguns dos posicionamentos dos autores pátrios, sobre o conceito da Administração Pública.

No que se refere à Administração Pública, os autores têm várias formas de conceituá-la. Utilizaremos a definição de Hely Lopes MEIRELLES: "a Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas de governo."³⁴

Com efeito, Luís Roberto BARROSO, em sua obra intitulada *Interpretação e Aplicação da Constituição*, esclarece Administração Pública é, sob a perspectiva do direito material, o conjunto de órgãos administrativos e atividades desempenhadas imediatamente pelo Estado, tendo em vista os atendimentos das necessidades públicas".³⁵

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, divide a Administração Pública em: Administração Pública em sentido objetivo e em sentido subjetivo. A primeira, "refere-se às atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas". Já a Administração Pública em sentido subjetivo, "refere-se aos órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais à lei confere o exercício de funções administrativas."³⁶

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 18 ed. 1993, Malheiros, p. 56-61

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2006 p.37

³⁶ *Ibidem*. p. 55.

Esta noção simples se observa especialmente na atual Constituição Federal³⁷ que, ao cuidar da organização do Estado, dedica ao capítulo VII à regência superior da Administração Pública, como “Organização Administrativa” orientada pelas coordenadas da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência.

O constituinte inovou quando fez expressa menção no artigo 37 dos princípios que a administração pública direta e indireta se submetem. De forma taxativa elencou os princípios acima assinalados³⁸

Estes princípios devem ser seguidos à risca pelos agentes públicos, não podendo se desviar destes princípios sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar civil ou criminal dependendo do caso.

Passamos agora a alisar cada um dos princípios da administração pública em separado:

2.2 Princípios e características

2.2.1 Princípio da legalidade:

Como próprio nome sugere, esse princípio diz respeito à obediência à lei.³⁹ A Constituição Federal consagrou o princípio da legalidade no inciso II do artigo 5º, no qual diz:

³⁷ 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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]

³⁸ “Sublinhe-se o caráter não exaustivo do art. 37 da CF, pois após informar que a Administração Pública, em todos os níveis, observará os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, acrescenta a expressão “e também o seguinte”, seguindo-se extensa casuística, em que se podem encontrar outros princípios. A Administração Pública pode classificar-se em: Administração Pública em sentido objetivo, que “refere-se às atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas”, e Administração Pública em sentido subjetivo, que “refere-se aos órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais à lei confere o exercício de funções administrativas.” Op,cit. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO.p, 67-69.

³⁹ A Constituição Federal consagrou o princípio da legalidade no inciso II do artigo 5º, no qual diz: Art. 5º- “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros

Este princípio é basilar do regime jurídico-administrativo, pois além de ser essencial, específico e informador, submete o Estado à lei. A Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei.

Trata-se, portanto, da garantia mais importante do cidadão, protegendo-o de abusos dos agentes administrativos e limitando o Poder do Estado em interferir na esfera das liberdades individuais.

Este princípio constitui o principal instrumento da sociedade tanto para outorgar poderes à Administração como para limitá-los, evitando a ocorrência de arbitrariedade no seu exercício. Também é uma das principais garantias dos direitos individuais, uma vez que a lei os define e estabelece limites para a ação administrativa que vise restringi-los.

De acordo com as palavras de Celso Antonio Bandeira de MELLO⁴⁰, o princípio da legalidade é de total observância da lei. A administração pública só pode fazer o que a lei estabelece tendo com esta uma verdadeira relação de submissão. Faz-se necessário que a administração pública ponha em prática o que a lei determinou, ou seja, antecipadamente autorizou.

O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

O princípio da legalidade apresenta um perfil diverso no campo do Direito Público no campo do Direito Privado. No Direito Privado, tendo em vista seus interesses, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe; no Direito Público,

e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes": II - "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

⁴⁰ *Idem*: BANDEIRA DE MELLO p. 83. "O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se as todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

diferentemente, existe uma relação de subordinação perante a lei, ou seja, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar.

A inobservância deste princípio implica responsabilidade tanto do ente estatal como do agente que descumpriu o ato administrativo. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a legalidade do ato administrativo tem seu controle assegurado pelo Judiciário.

2.2.2 Princípio da Impessoalidade

Qualquer agente público, eleito, efetivo por concurso público ou Indicado por livre nomeação, deve prestar um serviço público para atender os interesses públicos. Seu agir deve ser impessoal. Assim, seus atos obrigatoriamente deverão ter como finalidade o interesse público e não próprio ou de outrem, sob pena de praticar ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

Deve ficar bem claro que o agente público é um mero representante temporário dos interesses do povo e não pode se desvirtuar dessa finalidade. Nesse caso o princípio da impessoalidade confunde-se com o princípio da finalidade, que é uma espécie de impessoalidade, por vezes sendo considerados como sinônimos.

Outra vertente desse mesmo princípio é a que prevê que os atos não serão imputados a quem os pratica, mas ao órgão ou entidade à qual está vinculado. É a chamada Teoria do Órgão, que tem suas raízes no direito português

No entender de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁴¹, impessoalidade “traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas”.

Encontra-se no artigo 37 *caput*, da Constituição Federal, o princípio da impessoalidade ultrapassa as barreiras de sua delimitação constitucional - Título III (Da Organização do Estado), Capítulo VII (Da Administração Pública), na medida em que é corolário direto dos subprincípios que fundam a República Federativa do

⁴¹ Ibidem, p. 102

Brasil e que podem ser extraídos dos artigos 1º ao 4º da Carta da República. Neste sentido, a doutrina é praticamente unânime em afirmar que não se trata de princípio específico da Administração Pública, consoante aparentemente prescreve o texto constitucional, mas de norma a qual estão vinculados todos os poderes do Estado⁴². Tanto é assim que a elaboração normativa não pode revestir-se de caráter pessoal, isto é, a lei não pode ser elaborada tendo em vista de determinado administrado, sob pena de ofensa à impessoalidade. No caso do Judiciário, por outro lado, basta atentar para que os impedimentos e suspeições dos magistrados nada mais são que decorrência direta do dever de imparcialidade, que tem como fundamento imediato a impessoalidade e como fundamento mediato, sem qualquer dúvida, a igualdade.

Ocorre uma divergência doutrinária no concerne aos princípios da impessoalidade e igualdade. Lúcia Valle FIGUEIREDO ao discorrer sobre o assunto, faz distinção entre estes dois princípios. "À primeira vista poder-se-ia concluir que o princípio da impessoalidade consubstancia-se no da igualdade". Todavia, prossegue a autora, "assim não é". Acreditamos que na prática possa haver alguma diferença, pois a Administração Pública em seus atos cotidianos, muitas vezes pode agir ora com desigualdade, ora com parcialidade. Isto porque a igualdade é critério subjetivo e a impessoalidade é objetivo.⁴³ Celso Antônio Bandeira de MELLO, igualdade⁴⁴ é o

42 Não só porque o princípio é corolário direto dos subprincípios que fundam a República Federativa do Brasil, mas também porque todos os órgãos do poder exercem função administrativa, e o fazem em nome do público, com verbas públicas, e para o público, devendo, portanto, fazê-lo em estrita obediência aos princípios constitucionais atinentes à administração pública. Note-se aqui, que a expressão "administração pública" portanto, não se cinge aos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, a quem, por excelência, é atribuída a função administrativa preponderante, mas a toda função administrativa desempenhada pelo Estado, o que inclui as atividades praticadas também no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário (cuja administração também é custeada pela sociedade e deve pautar-se pelas normas constitucionais). Op. cit. Odete Medauar. p.128.

43 Informa Lúcia Valle Figueiredo: "*A impessoalidade na atividade administrativa caracteriza-se, pois, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político*" Lúcia Figueiredo, *Curso...*, cit., p.53. Em itálico no original.

44 "Nele – no princípio da impessoalidade, esclarecemos – se traduz a idéia que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favorestismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções e grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, como todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*) a *fortiori* teriam de sê-lo perante à Administração. *Curso...*, cit., p. 68.

mesmo que impessoalidade.⁴⁵ Contudo, não nos ateremos a detalhar os argumentos dos autores discordantes, posto que nosso objetivo é o princípio da impessoalidade, que é por conseguinte, imparcialidade.

2.2.3 Princípio da Moralidade

Conforme o artigo 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito. Isto implica que a Administração Pública deve pautar-se pela estrita legitimidade e legalidade em seu mister. Pois, como já diziam os romanos, nem tudo que é legal é moral. De acordo com este princípio a administração não pode desprezar o ético.

Obedecendo a este princípio, deve o agente público, além de seguir o que a lei determina, deve pautar sua conduta na moral interna administrativa, fazendo o que for melhor e mais útil ao interesse público (art. 37, *caput*, da CF)

A Constituição Federal faz menção em diversas oportunidades a esse princípio. Uma delas prevista no artigo 5º, LXXIII, trata da ação popular contra à moralidade administrativa. Em outra, o constituinte determinou a punição mais rigorosa da imoralidade qualificada pela improbidade (art. 37, § 4º). Há ainda o art. 14, § 9º, onde se visa proteger a probidade e moralidade no exercício de mandato, e o art. 85, V que considera a improbidade administrativa como crime de responsabilidade.

Apesar de já se encontrar no direito romano, “a interseção da moral no direito em termos de aplicação”⁴⁶ que se deu através da doutrina do abuso do direito,⁴⁷ na esfera do direito público, a moralidade veio se instalar muito tempo depois apenas no começo do século XX, em 1914. Alguns autores porém, acreditam que antes desta data, mas precisamente em 1910 já havia sido feito menção à moralidade administrativa.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito a efetivação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 190, p.1-44, out.dez. 1992. p. 04.

⁴⁷ Antônio José Brandão assevera que “a doutrina do exercício abusivo dos direitos representa a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico” (BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. Boletim de Direito Administrativo, p. 67-72, fev. 1996. p.63)

“Assim, o poder público constituiu a armadura moral da administração pública. E, aliás, deve-se notar que todo controle organizado em nome da moralidade administrativa sobre os atos administrativos deve partir da noção de poder.”⁴⁸

Com clareza ensina o José Augusto DELGADO

A moralidade comum se baseia em um conjunto sistemático de normas que orientam o homem para realização de seu fim. Isto é, do homem realizar, pelo exercício de sua liberdade, a perfeição de sua natureza. O caráter de generalidade posto na moralidade comum, implica tão somente, a necessidade de que os atos externos e público dos agentes detentores de poderes e de atribuições sejam praticados de acordo com a exigência da moral e dos bons costumes, visando uma boa administração.⁴⁹

Cumpra salientar que a moral comum e a moral administrativa não se confundem, bem como não são estanques, já que, o contexto da boa administração tende a ser influenciada, necessariamente por preceitos da moral comum.

Este é o entendimento de Manoel de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, adotado por uma gama de autores. Aduz o autor: “o bom administrador (...) é aquele que usando de sua competência legal, se determina, não pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Há de conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto nos seus fins”.⁵⁰

O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas que se desvirtuam das verdadeiras finalidades da Administração Pública.

Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou

⁴⁸ Apud. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit., p. 04.

⁴⁹ DELGADO, José Augusto, *A Supremacia dos Princípios Informativos do Direito Administrativo: Interpretação e Aplicação*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 83. n 701, p.34-44. mar. 1994. p. 40.

⁵⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Controle da Moralidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, , 1994. p.267.

será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração.

A probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa. Na linguagem comum, probidade equivale à honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão.

A improbidade administrativa tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe em enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público.

2.2.4 Princípios da publicidade

Consagra-se nesse princípio o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos e conferir a possibilidade de qualquer pessoa questionar e controlar toda a atividade administrativa. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único da CF), o ocultamento aos administrados dos assuntos a que todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna e também em outros artigos da CF. No entanto, na esfera administrativa, o sigilo só se admite quando imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado. Logo, esse princípio deve ser relativizado, quando o interesse público ou a segurança o justificarem.

A publicidade surte os efeitos previstos somente se feita através de órgão oficial, que o jornal, público ou não, que se destina à publicação de atos estatais. Dessa forma, não basta a mera notícia veiculada na imprensa (STF, Recurso Extraordinário nº 71.652). Com a publicação oficial, presume-se o conhecimento dos interessados em relação aos atos praticados e inicia-se o prazo para interposição do recurso, e também prazos de decadência e prescrição.

Por fim, torna-se indispensável destacar que nos termos do §1º, do art. 37, da CF, a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos.

Ao discorrer sobre o tema José Maria PINHEIRO MADEIRA esclarece que a partir do princípio da publicidade exige-se da Administração Pública que preste conta de todos os seus atos, contratos e procedimentos. Deve manter plena transparência de seus comportamentos, exceto nas hipóteses em que o impedir o interesse público, nos casos extremos de segurança nacional ou em situações em que a divulgação prévia possa eliminar a viabilização de medidas justificáveis.⁵¹

O princípio da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa. Um dos desdobramentos desse princípio encontra-se no inc. XXXIII do art. 5º, que reconhece a todos o direito de receber, dos órgãos públicos, informações do seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral.

No art. 5º, inciso LX – (*"a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"*) a constituição é explícita, mas de forma indireta, em enunciar o princípio geral de que "todos os atos deverão ser públicos", condicionando severamente as exceções, sempre em lei expressa, aos casos de possível afronta ao direito de privacidade (protegido no mesmo artigo, inciso X) ou interesse social (o interesse social prevalece sobre o individual, pelo princípio da solidariedade).

No mesmo artigo 5º, mas no inciso X – "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Aqui estamos diante da proteção de um bem jurídico relevante para o constituinte originário – a dignidade da

⁵¹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. Op. cit. p.13.

pessoa humana. Se para a Administração Pública a regra é a publicidade, somente excepcionável por lei, para o particular a regra é diametralmente oposta, isto é, não se permite publicar a vida privada das pessoas, não sendo, esta regra, excepcionável por qualquer lei ou outro ato normativo. O comando é peremptório e não dá margem a exceções.

No art. 5º, inciso LX – ("*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*") a constituição é explícita, mas de forma indireta, em enunciar o princípio geral de que "todos os atos deverão ser públicos", condicionando severamente as exceções, sempre em lei expressa, aos casos de possível afronta ao direito de privacidade (protegido no mesmo artigo, inciso X) ou interesse social (o interesse social prevalece sobre o individual, pelo princípio da solidariedade).

Nestes casos, excetuando a requisição de dados de interesse coletivo por meio do habeas data, estamos diante da proteção do conteúdo da informação, sem tanto se preocupar com a formalidade em si. Sendo os dados particulares, somente a ele interessam, e mereceram a tutela do legislador constituinte. Prepondera o conteúdo sobre a forma. O constituinte preocupa-se em resguardar o conteúdo de determinadas informações, que somente aos particulares envolvidos interessa, e que, se a público vierem, podem causar consideráveis danos à pessoa, tanto morais como materiais.

2.2.5 Princípio da Eficiência

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 - Reforma Administrativa - acrescentou o princípio da eficiência aos princípios da Administração enunciados no caput do art. 37.

Este princípio busca garantir o máximo de aproveitamento possível aos meios de atuação disponíveis, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, privilegiando a eficiência em detrimento das concepções puramente formalísticas.

Basicamente, significa que a Administração Pública deve otimizar os meios, numa relação custo-benefício, para atingir os fins públicos. Os agentes públicos devem agir com rapidez, presteza, qualidade e rendimento. A Administração Pública deve estar atenta às suas estruturas e organizações, evitando a manutenção de órgãos ou entidades subutilizados, ou que não atendam às necessidades da população.

Em outras palavras, a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.

Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão - características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.

Também a Lei nº 9784/99, que trata do processo administrativo no âmbito federal, em seu art. 2º, *caput*, prescreve: “A administração Pública obedecerá, dentre outros os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Acrescentado ao art. 37 da CF pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência busca garantir o máximo de aproveitamento possível aos meios de atuação disponíveis, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, privilegiando a eficiência em detrimento das concepções puramente formalísticas.⁵²

A maior parte dos princípios da Administração Pública encontra-se positivado, implícita ou explicitamente, na Constituição. Possuem eficácia jurídica

⁵² “O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração, devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade”. Medauar, Odete, op. cit. p. 128.

direta e imediata. Exercem a função de diretrizes superiores do sistema, vinculando a atuação dos operadores jurídicos na aplicação das normas a respeito dos mesmos e, objetivando a correção das graves distorções ocorridas no âmbito da Administração Pública que acabam por impedir o efetivo exercício da cidadania.

O sistema constitucional da Administração pública funciona como uma rede hierarquizada de princípios, regras e valores, que exige não mais o mero respeito à legalidade estrita, mas vincula a interpretação de todos atos administrativos ao respeito destes princípios.

Desta maneira, conclui-se que a função administrativa encontra-se subordinada às finalidades constitucionais e deve pautar as suas tarefas administrativas no sentido de conferir uma maior concretude aos princípios e regras constitucionais, uma vez que estão não configuram como enunciados meramente retóricos e distantes da realidade, mas possuem plena juridicidade.

CAPÍTULO 3

3 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Noções gerais

Neste capítulo final do trabalho será investigado, mais especificamente a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e sua aplicação na Lei de Improbidade administrativa. Primeiramente, é cediço que ato contrário aos princípios norteadores da atuação pública será penalizado. Trata-se de um ato ilícito decorrente da conduta positiva ou negativa do agente público, que será punido com aplicação de sanção de natureza extrapenal em processo judicial

O termo improbidade vem do latim, *improbitas*, *atis*, significando, em sentido próprio, má qualidade de uma coisa. Também em sentido próprio, *improbis*, por exemplo, que deu origem ao vernáculo *ímprobo*, significa mal, de má qualidade. Administração *ímproba* quer significar, portanto, administração de má qualidade.

É fato que a corrupção está presente entre a humanidade há muito tempo, e conjuntamente a necessidade de sancionar essas ações contrárias aos interesses da sociedade. Contudo, somente a partir de 1988 com a Constituição da República ficou mais evidente o interesse em sancionar determinados atos. E a promulgação da Lei 8.429 em 1992 foi à tentativa do legislador em repudiar estes atos ilícitos praticados por aqueles que têm o dever de agir em nome do interesse público, e não de acordo com seu interesse pessoal, obtendo com isso, vantagens econômicas indevidas.⁵³

⁵³ A história da corrupção, embora seja muito antiga, o é desde pontos de vista sociológicos e éticas, culturais ou filosóficos, não exatamente jurídicos, na medida em que as próprias leis, nos moldes hoje concebidos, constituem produtos relativamente recentes na trajetória da humanidade, remontando mais diretamente à Revolução Francesa. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade da Administração Pública*. Revista dos Tribunais. 2007. p. 33

A Lei 8.429/92 define as espécies de atos de improbidade administrativa: atos que importam o enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que importam dano ao erário (art. 10); atos que importam violação dos princípios e deveres (art. 11). Tem, por objeto, o bem jurídico tutelado é a probidade administrativa, que abrange: a) o regular cumprimento dos princípios que informam a Administração Pública; b) o bom gerenciamento da coisa pública; c) a regular observância dos deveres perante a Administração Pública.

São efeitos sancionatórios: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário. A Lei nº 8429/92 – Lei de Improbidade Administrativa é um verdadeiro marco dentro da Administração Pública, uma vez que exortou Administração e administrados, a adotar postura digna em contrapartida a comportamentos ímprobos e lesivos ao bem público.⁵⁴

A relação processual se compõe de um lado o Estado (sujeito passivo material) e do outro, como sujeito ativo todo agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional que praticar atos de improbidade. 55/56

Primeiramente, um conceito para improbidade administrativa. Somente um ponto de partida, pois desde que veio a lume a Lei de Improbidade, passados quase vinte anos, os estudiosos ainda não esgotaram a matéria.

⁵⁴ Osório, Fábio Medina. Op. cit. p. 39.

⁵⁵ Violado preceito proibitivo previsto na norma, ter-se-á lesão ao bem jurídico tutelado e, por via reflexa, ao direito de outrem. Em casos tais, o titular do bem jurídico ameaçado ou violado pela conduta ilícita recebe a denominação de sujeito passivo material.

Tratando-se de norma de natureza cogente cuja aplicação não possa ser afastada pela vontade dos interessados, qualquer que seja o bem atingido, o Estado sempre estará presente como sujeito passivo normal, já que a norma violada fora por ele estatuída. EMERSON GARCIA p.153.

⁵⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello explica que a “Administração Direta é aquela que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”, e a Administração Indireta, é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia mista e Fundações Públicas, ou seja, a categoria em que a atividade administrativa é prestada por particulares. P. ??

O ato de improbidade como uma violação à moral, sendo uma conduta desonrosa do agente público, sendo contrária a norma geral e específica de conduta de bem agir.

De acordo com Luiz Alberto FERRACINI, compreende ato de improbidade: “A má qualidade, imoralidade, malícia, má-fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”⁵⁷

Assim sendo, Improbidade é a qualidade atribuída àquele que não é honesto. É aquele que age sem caráter, contrário a moral.

Maria Sylvia DI PIETRO, ao analisar o conceito de improbidade administrativa, deixa clara a dificuldade de tentar diferenciar moralidade de improbidade. No seu entender, estes conceitos estariam ligados à idéia de honestidade, significando a mesma coisa. A exigência de probidade quer dizer que os atos da Administração Pública não precisam apenas entender à legalidade formal, mas igualmente, dar conta de princípios éticos presentes no sistema, para garantir a sua validade.

Para Di Pietro, não é fácil estabelecer a distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a idéia de honestidade na Administração Pública.⁵⁸

Resta claro que a autora, ao analisar o conceito de Improbidade Administrativa, deixa clara a dificuldade de se tentar diferenciar moralidade de improbidade. No seu entender, esses conceitos estariam ligados à idéia de honestidade, significando a mesma coisa. A exigência de probidade quer dizer que os atos da Administração Pública não precisam apenas atender à legalidade formal, mas a igualdade, dar conta de princípios éticos existentes no sistema para garantir a sua validade.

⁵⁷ FERRACINI, Luiz Alberto. Improbidade Administrativa. SP: Agá Júris, 1999. p.24

⁵⁸ Di Pietro... 13 ed. P. 657...2001.

O autor Marcelo FIGUEIREDO também trás em sua obra, que “Improbidade vem do Latim improbitate. Desonestidade. No âmbito do Direito o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado” 59

O aludido autor refere-se aos atos de improbidade, como àqueles atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Para ele, a atuação do servidor público que for contrária à probidade, também desrespeitará a moralidade administrativa.

Bastante tormentosa é a questão relativa à diferença conceitual entre moralidade administrativa e probidade. A lei maior utiliza ambos os termos, o que evidencia a dessemelhança entre os dois institutos.

José Afonso da SILVA deixa claro que improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada ensinando que "a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. A improbidade é tratada ainda com mais rigor, porque entra no ordenamento constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do ímprobo."60

No tocante a diferenciação destes conceitos, vale mencionar novamente, os ensinamentos de Marcelo Figueiredo:61

O princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar, a todos os ‘poderes’ e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já a probidade, que alhures denominamos ‘moralidade administrativa qualificada’, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade o agente

⁵⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Ações de Improbidade Administrativa, suas peculiaridades e inovações*. SP: Malheiros, 2003. p. 328.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 653.

⁶¹ Idem. p.331.

público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados 'tipos' legais.

Mais adiante conclui que "a probidade, desse modo, seria o aspecto 'pessoal-funcional' da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade."

Como assevera Maria Helena DINIZ: "O conceito é a consequencia da análise da essência do objeto, e essência é conceito fundamental do objeto"⁶²

Para Mateus BERTONCINNI, a essência do ato de improbidade administrativa, imutável e necessária, diante da diversidade de termos, parece ainda não ter sido captada inteiramente.⁶³

A probidade é, portanto, espécie do gênero "moralidade administrativa" o qual é mencionada no artigo 37, caput e seu parágrafo 4º, da Constituição Federal.

A lei que veio precipuamente regular a matéria no plano infraconstitucional, dando efetividade às disposições constitucionais, Lei 8.429/92, estabeleceu regras de direito material e de direito processual em matéria de improbidade administrativa.⁶⁴

Também se inclui entre os sujeitos ativos, com base no art. 1º da Lei 8.429 os funcionários e/ ou empregados de empresas públicas. Estes sujeitos que

62 Diniz, Maria Helena. Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência. 3 ed. São Paulo. Saraiva. 1999. p. 53

63 Bertoncini, Eduardo Siqueira Nunes. Atos de Improbidade Administrativa. Revista dos Tribunais ano edição cidade

64 Cabe ressaltar que um administrador não será responsabilizado por atos ilícitos cometidos por outros administradores, ressalvados os casos de induzimento, beneficiamento, participação na prática do ilícito ou omissão, ao tomar ciência de práticas que visem impedir tais atos. "No regime da lei anterior, ora revogada expressamente, o terceiro, estranho à Administração Pública, não era alcançado pela tipificação especial, salvo pelas normas do Código Penal." (FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 34)

na função pública, devem seguir o mandamento do interesse comum, atuando sempre a favor da coletividade e não com base no seu favorecimento pessoal, sob pena de serem responsabilizados pela prática de improbidade administrativa, incorrendo em uma das sanções previstas na lei e na Constituição Federal.

Celso Antonio Bandeira de MELLO^{65/66} explica que a “Administração Direta é aquela que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”, e a Administração Indireta, é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia mista e Fundações Públicas, ou seja, a categoria em que a atividade administrativa é prestada por particulares. Todas passíveis de sanção pela Lei de Improbidade Administrativa.

3.2 Aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na Jurisprudência Pátria.

A jurisprudência tem se manifestado através destes princípios e consagrou a aplicação dos mesmos na lei de improbidade, conforme podemos constatar em diversas decisões, dentre as quais destacamos as ementas do Tribunal de Justiça do Paraná de recentes acórdãos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE FUNCIONÁRIOS POR PREFEITO MUNICIPAL - PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO - OFENSA AO ART. 37, II, CF - AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS - NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CARACTERIZADA - DESNECESSIDADE DA CONFIGURAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE OU DE LESÃO AO ERÁRIO - PENALIDADES APLICADAS COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. "A conduta do recorrido, ao contratar e manter servidores sem concurso público na Administração, amolda-se ao caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, bem como não tenha havido má-fé na conduta do administrador. (...)" (STJ, REsp 988.374/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe

⁶⁵ Op. cit. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio.

⁶⁶ Op. cit. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio.

16/05/2008).

(TJPR - 5ª C.Cível - AC 0536136-8 - Astorga - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Rogério Ribas - Unânime - J. 24.03.2009)

Quanto à proporcionalidade, Paulo BONAVIDES, bem revela sua importância, inclusive no que tange ao seu uso pela jurisprudência: “Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a induzi-lo, com todo rigor no uso jurisprudencial”⁶⁷

RECURSO 1 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE TODAS AS SANÇÕES PREVISTAS EM LEI - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - AGRAVAMENTO DAS PENALIDADES - DESCABIMENTO - RECURSO DESPROVIDO. RECURSO 2 - ATO DE IMPROBIDADE CARACTERIZADO - RECURSO DESPROVIDO. 1. Para fixar as sanções no caso de improbidade administrativa deve o julgador se pautar no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando também a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente. 2. A improbidade é conceito jurídico indeterminado vazado em cláusulas gerais, reveste-se de ilicitude grave e exige, ao ato ímprobo, requisitos de tipicidade objetiva e subjetiva. (TJPR - 4ª C.Cível - AC 0484496-4 - Maringá - Rel.: Desª Regina Afonso Portes - Unânime - J. 09.03.2009)

Neste mesmo diapasão, Mateus Bertoncini, discorre que “em que pese a gravidade das condutas previstas na Lei 8.429/1992, não se deve perder de vista a força das sanções previstas por esta Lei, que em última análise pode transformar o agente público e o terceiro num verdadeiro pária da sociedade, atingindo-lhes o patrimônio e os direitos políticos. Daí a importância do Estado-juiz aplicar essas sanções tendo em conta a gravidade da conduta cometida.”⁶⁸

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - AQUISIÇÃO DE IMÓVEL - INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RESPONSABILIDADE DE EX-PREFEITO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO - REDUÇÃO

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 322.

⁶⁸ Bertoncini, Eduardo Siqueira Nunes. Op. cit. p. 250.

DO VALOR ARBITRADO PARA A MULTA CIVIL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A caracterização do ato de improbidade não se encerra no aspecto exclusivamente patrimonial, haja vista que o artigo 11, da Lei 8.429/92, também atribui o estigma de ímprobo ao ato que desrespeita algum dos princípios que regem a ação da administração pública. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO" (TJPR - 6ª Câmara Cível - Des. Eraclés Messias - Ac. 11892 - Public.: 12/04/04).

Ao selecionar, dentre as sanções previstas, quais as que se mostram adequadas o julgador deverá considerar não só a extensão do dano causado ao erário e a vantagem pessoal auferida pelo agente público - fatores que o próprio legislador erigiu em critérios dosimétricos para a concreta aplicação das sanções por improbidade administrativa. É que, além desses fatores dosimétricos, claramente insuficientes, a conduta do agente deverá ser avaliada também em face dos imperativos derivados do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Esses imperativos, essenciais para que se observe o devido processo legal, adquirem especial relevância na dosagem das punições previstas pela Lei 8.429, de 1992, como forma de compensar a insuficiência dos critérios dosimétricos adotados, que não satisfazem convenientemente a necessidade, enfatizada pela Constituição, de se fixar uma gradação para as sanções (art. 37, § 4.º)."

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA N.º 13/STJ. ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ". (Precedentes: REsp 291.747, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2002 e RESP 213.994/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 27.09.1999) 5. Revela-se necessária a observância da lesividade e reprovabilidade da conduta do agente, do elemento volitivo da conduta e da consecução do interesse público, para efetivar a dosimetria da sanção por ato de improbidade, adequando-a à finalidade da norma." (REsp 664856 / PR Rel. Min. LUIZ FUX DJ 02/05/2006).

Assim é que a proporcionalidade (em sentido amplo) impõe que se avalie a conduta do agente em face do grau de comprometimento do bem jurídico protegido, deixando-se de impor carga punitiva mais intensa que a necessária e suficiente para preservar esse bem. Portanto, as penas podem e devem ser aplicadas isoladamente quando atenderem à sua finalidade.

RECURSO 1 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE TODAS AS SANÇÕES PREVISTAS EM LEI - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - AGRAVAMENTO DAS PENALIDADES - DESCABIMENTO - RECURSO DESPROVIDO. RECURSO 2 - ATO DE IMPROBIDADE CARACTERIZADO - RECURSO DESPROVIDO. 1. Para fixar as sanções no caso de improbidade administrativa deve o julgador se pautar no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando também a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente. 2. A improbidade é conceito jurídico indeterminado vazado em cláusulas gerais, reveste-se de ilicitude grave e exige, ao ato ímprobo, requisitos de tipicidade objetiva e subjetiva. (TJPR - 4ª C.Cível - AC 0484496-4 - Maringá - Rel.: Desª Regina Afonso Portes - Unânime - J. 09.03.2009)

Nesse sentido: "As sanções do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, ao serem aplicadas, devem guardar proporcionalidade com a infração e seus efeitos, bem como com a vantagem ou benefícios auferidos. Sentença alterada para reduzir a pena pecuniária fixada (...)"(TRF 1ª R. - AC 200033000142400 - BA - 3ª T. - Rel. p/o Ac. Juiz Fed. Saulo José Casali Bahia - DJU 05.08.2005 - p. 33).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO. ESCRIVÃO DA POLÍCIA CIVIL. EXIGÊNCIA DE VANTAGEM ECONÔMICA DA VÍTIMA PARA NÃO PREJUDICÁ-LA EM INQUÉRITO POLICIAL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. AFASTAMENTO. INTERPOSIÇÃO PRÉVIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SANAR CONTRADIÇÃO. DESNECESSIDADE. - Eventual contradição da sentença pode ser arguida na apelação, sem a necessidade de oposição prévia de embargos declaratórios. DANO EFETIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 21, INCISO I, DA LEI 8.429/92. - A prova de dano ao erário é prescindível para comprovar o ato de improbidade administrativa, máxime em relação às hipóteses previstas no artigo 9º. e 11, da Lei n.º 8.429/92. ESCUTA TELEFÔNICA. CIÊNCIA DA GRAVAÇÃO DA CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. ADMISSIBILIDADE DA PROVA, INDEPENDENTEMENTE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. - A gravação da conversa por terceiro, com a ciência do fato por um dos interlocutores, não configura prova ilícita. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES CRIMINAIS. DISCUSSÃO ESTRANHA À PRESENTE LIDE. AÇÃO DE IMPROBIDADE QUE POSSUI NATUREZA CIVIL. CONDUTA DESONESTA. CONFIGURAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA A EXISTÊNCIA DE DOLO E MÁ FÉ NA EXIGÊNCIA DE VANTAGEM ILÍCITA, POR MEIO DE AMEAÇA À VÍTIMA. SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AO ARTIGO 9º., INCISO I, E ARTIGO 11, AMBOS DA LEI N.º 8.429/92. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 12, INCISO I, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. - Configura ato de

Improbidade Administrativa a conduta do Escrivão da Polícia que, visando obter vantagem indevida, vale-se da sua função para ameaçar e constranger a vítima a fim de favorecê-la e não prejudicá-la em inquérito policial. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA SE NÃO COMPROVADA A MÁ FÉ. PRECEITO APLICÁVEL TAMBÉM NAS HIPÓTESES EM QUE O AUTOR É VENCEDOR DA AÇÃO. SIMETRIA DE TRATAMENTO. - "Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o Parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública." (STJ - 2ª Turma - REsp 493823 / DF - Ministra Eliana Calmon - DJ: 15.03.2004) RECURSOS DE APELAÇÃO PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA. (TJPR - 4ª C.Cível - AC 0541040-0 - Londrina - Rel.: Des. Abraham Lincoln Calixto - Unânime - J. 30.06.2009)

A lei confere ao administrador certa margem de discricionariedade, mas a providencia adotada deverá ser a mais adequada ao interesse social e à racionalidade.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADOS. PAGAMENTO DE DIÁRIAS DE VIAGENS DE VEREADORES E FUNCIONÁRIOS DA CÂMARA MUNICIPAL. PRELIMINARES DE MÉRITO AFASTADAS. PARTE DAS ALEGAÇÕES CONSTANTES EM TRÊS APELOS, NÃO CONHECIDAS POR SE TRATAR DE MERA REPRODUÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA CONTESTAÇÃO, PORÉM OUTRAS NÃO PASSÍVEIS DE APRECIÇÃO EM APELAÇÃO, HAJA VISTA TER SE OPERADO A PRECLUSÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. RECURSOS 4, 6 E 7, CONHECIDOS EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDOS. DEMAIS RECURSOS, CONHECIDOS E DESPROVIDOS. Restou devidamente configurado, por meio do conjunto probatório constante dos autos, os atos de improbidade administrativa cometidos pelos apelantes. As preliminares de mérito devem ser afastadas, haja vista que a inicial não é inepta e a sentença encontra-se fundamentada. Não se pode conhecer das alegações que tratam de mera reprodução dos argumentos expostos na contestação. Operou-se a preclusão de algumas argumentações constantes das razões recursais, haja vista que as mesmas foram decididas em despacho saneador e desta decisão, no momento oportuno, não houve a interposição de agravo de instrumento. Foram devidamente observados os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade na aplicação das sanções aos apelantes. (TJPR - 5ª C.Cível - AC 0550676-9 - Telêmaco Borba - Rel.: Des. Luiz Mateus de Lima - Unânime - J. 10.03.2009).

Não se trata, diga-se, de compactuar com a corrupção, mas de punir o ímprobo na medida de sua conduta, com as sanções que correspondam

proporcional e eficazmente à sua ação. É o que se espera que ocorra em um Estado Democrático de Direito. 69

3.3 Legitimidade do Ministério Público no combate à Improbidade Administrativa

A preocupação do Poder Público em sancionar os casos de corrupção vem de longa data. O autor Marcelo Figueiredo⁷⁰ dispõe, que o tema da moral, é um dos temas mais antigos na história, assim como no direito, havendo grande preocupação da população com a prática de atos morais pelos servidores públicos.

Com efeito, Marcelo FIGUEIREDO aduz:

Na verdade, por força da democratização do país, iniciada com a Constituição Federal de 1988, o tema assume novos desdobramentos, sobretudo em razão da tentativa de maior transparência no trato da coisa pública e, ainda, em virtude de novos instrumentos coletivos de participação do cidadão na vida do país. Assim, de um lado, a busca pela ética na política e, de outro lado, o fato de o Constituinte ter inserido no pórtico do capítulo destinado à Administração Pública, no art. 37 da Constituição, como um dos princípios da Administração Pública o da moralidade administrativa.⁷¹

O Ministério Público passou, com o advento da Carta Maior, passou a ter papel fundamental na aplicação do novo instituto. Cumprindo sua função constitucional de advogado da sociedade e de defensor dos interesses públicos oportunizando o efetivo controle jurisdicional das atividades administrativas de seus respectivos agentes,

⁶⁹ Em que pese o fato de o princípio da ainda não ser utilizado na intensidade desejada, a jurisprudência do STF, de forma explícita ou implícita, não poucas vezes o encampou. Garcia, Emerson...p. 66.

⁷⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. Op. Cit.

⁷¹ idem

Ao ferir princípios constitucionais, o agente público que comete do ato de improbidade administrativa atua divergindo da principal finalidade da Administração Pública, atender o interesse público com credibilidade.

O art. 11 da Lei pode ser considerado como uma “regra de reserva”, para aqueles casos de improbidade administrativa que não se configurem entre lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

A Constituição Federal trás em seu artigo 127, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.⁷²

Segundo o conceito apresentado pela Constituição Federal, é possível observar algumas características peculiares do Ministério Público, alguns princípios que norteiam a sua atuação no mundo jurídico. Como por exemplo, sua independência funcional, unidade e indivisibilidade, e assim lhes é assegurado autonomia funcional e administrativa.

O Ministério Público tem atuação essencial para a garantia da prestação jurisdicional nas questões criminais, assim como em questões relacionadas à área cível, em que se trate de interesses sociais ou individuais indisponíveis, de grande relevância para a sociedade. ⁷³

À Lei 9.429/92, prevê a atuação do Ministério Público no processo civil na qualidade de parte, em litisconsórcio facultativo com pessoa jurídica afetada pelo ato de improbidade, sendo obrigatória a atuação jurisdicional do órgão ministerial, a quem também se veda qualquer forma de transação, acordo ou conciliação sobre o objeto dessa lide.

⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução o órgão Ministério Público. SP: Saraiva, 1997. p. 01.

⁷³ (...) para que o órgão ministerial possa atuar em juízo não se prescinde do processo administrativo, valendo mesmo aqueles procedimentos que se realizam perante os Tribunais e Conselhos de Contas, a teor do que determina o art. 15 da lei em comento. Sendo importante destacar que, mesmo para fazer atuar o procedimento administrativo, o Ministério Público detém legitimidade concorrente e disjuntiva, posto que os atos capazes de propiciar sua atuação podem ser encetadas também por outros igualmente legitimados. Idem p.08.

Não atuando como parte, o Ministério Público, nas ações civis previstas pela Lei 8.429/92, oficiará com fiscal da lei, necessariamente, sob pena de nulidade integral do processo.

Promovendo como litigante ativo a ação, e considerado que, uma vez a Constituição Federal determina dentre as vedações impostas aos representantes do Ministério Público se encontra aquela relativa ao exercício da advocacia; o que está confirmado pela Lei Orgânica do Ministério Público e pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, deve-se fazer representar por advogado

As atribuições do Ministério Público são estabelecidas através de Leis Complementares da União e dos Estados, sendo de iniciativa dos respectivos procuradores-gerais.

Sendo a Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, a denominada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) e a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, corresponde à Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU). Para organização dos Ministérios Públicos locais, cada Estado terá suas próprias leis complementares.

O Ministério Público frequentemente atua em funções denominadas por Hugo Nigro Mazzilli como 'típicas', sendo estas peculiares à sua natureza, por ser órgão da sociedade, como no caso da propositura de ação penal pública e ação civil pública da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Porém, o Ministério Público possui outras atribuições que foram classificadas, também pelo autor Hugo Nigro Mazzilli, como sendo de funções 'atípicas', se comparadas com a destinação institucional do Ministério Público.

Desta feita propositura da ação civil pública é uma das funções institucionais do Ministério Público, conforme descrito nos artigos 58, § 3º e 129, III da Constituição da República, "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ao Ministério Público foi delegada a missão de proteger os direitos dos indivíduos e de toda a coletividade, fazendo com que o Estado atue a fim de assegurar esta proteção.

Conforme demonstra Pedro da Silva Dinamarco, o Ministério Público não está obrigado a ajuizar a ação civil pública, devendo sempre analisar se há interesse público envolvido⁷⁴. Claramente demonstra Hugo Nigro Mazzilli que ao Ministério Público é permitido resguardar interesses individuais homogêneos, desde que estes possam interessar a toda uma coletividade.

Embora a lei de improbidade tenha o Ministério Público com parte legítima para propor a Ação Civil Pública, além da parte interessada, art. 17, caput, da LIA, especialmente em relação às funções de maior destaque, em geral, a iniciativa tem sido do parque. Raras são as ações do intentadas pelo Poder Público. Conveniente que assim seja, uma vez que, normalmente quando age em juízo, o Executivo vale-se da ação contra seus adversários políticos.

A jurisprudência tem caminhado no sentido de que os mesmos fundamentos que dão legitimidade ao Ministério Público para a Ação Civil Pública decorrente de ato de improbidade administrativa dão legitimidade para a promoção de inquérito civil público.

Muitos autores reconhecem as imperfeições da Lei 8.429/92. Estas imperfeições, porém, somente servem para dar maior efetividade para a atuação premente do Ministério Público no sentido de saná-las.

A legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil por ato de improbidade é objeto de controvérsias na doutrina. ⁷⁵

Por outro lado, a jurisprudência do STF e STJ é pacífica no sentido de admitir a legitimidade do MP para propor tais ações:

Idem p. 210.

⁷⁵ GARCIA, Emerson. Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 2ª edição. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2005. p.301/302.

" RE 234439 . EMENTA: - Recurso extraordinário. Ministério Público. Ação civil pública para proteção do patrimônio público. - O Plenário desta Corte, no RE 208.790 , em hipótese análoga à presente, entendeu que é o Ministério Público legitimado para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público . O conteúdo desse acórdão está assim resumido em sua ementa: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PAPA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129 , III , DA CF . Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa do autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17 , § 4º , da Lei nº 8.429 /92). Recurso não conhecido." Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido."

" REsp 1.003.179-RO . ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 /STJ. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283 /STF. APELAÇÕES AUTÔNOMAS. PREPAROS INDEPENDENTES. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA. PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS. OCORRÊNCIA DE MÁ-FÉ. DOSIMETRIA DA SANÇÃO. 1. (...). 7. O Ministério Público possui legitimidade ativa para ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário por ato de improbidade administrativa. 8. Os atos previstos no art. 11 da Lei 8.429 /92 configuram improbidade administrativa independentemente de dano material ao erário. No caso, ademais, as instâncias ordinárias atestaram a existência de prejuízo aos cofres públicos e que os agentes não atuaram de boa-fé. 9. A sanção por ato de improbidade deve ser ajustada ao princípio da razoabilidade. 10. Primeiro recurso especial parcialmente provido. Segundo recurso especial não conhecido."

" REsp 861.566-GO . PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129 , III , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . EX-PREFEITO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07 /STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. O Ministério Público está legitimado à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do patrimônio público, com supedâneo no art. 1.º , inciso IV , da Lei n.º 7.347 /85, máxime diante do comando do art. 129 , inciso III , da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social (Precedentes: REsp n.º 686.993/SP , Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25/05/2006; REsp n.º 815.332/MG , Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08/05/2006; e REsp .º 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU

de 30/05/2005) 2.(...) 11. Recurso especial parcialmente provido para afastar a condenação imposta à parte, ora recorrente."

Reiterando seu entendimento, o STJ entendeu pela legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública por ato de improbidade.

Então, aquilo que se permite ao particular e à coletividade com a Lei 8.429/92, estende-se ao Estado enquanto vítima de atos de improbidade administrativa. Em síntese o *parquet*, tem com finalidade à indisponível defesa da coisa pública, até hoje flagelada por uma dolorida história de uma má administração.

Para arrematar, não se deve esquecer o Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que vem se destacando, conforme observa Mateus Bertoncini,⁷⁶ como órgão por excelência, responsável pela quebra da inércia característica do Poder Judiciário, na confrontação da intensa cultura de improbidade administrativa.

⁷⁶ Bertoncini, Eduardo Siqueira Nunes. Op. cit. p. Op. cit. p.131.

CONCLUSÃO

Ao atingir-se o termo deste trabalho, percebe-se a importância fundamental do estatuto de punição dos atos de improbidade administrativa, em nosso país.

A Lei em estudo é um escudo que, se nem sempre consegue proteger o erário e os princípios que regem a administração da coisa pública brasileira, ao menos serve para desestimular algum agente que, em sua alteridade, intente afrontar os bens ali protegidos.

Prova de tal afirmação são as questões postas acima, que demonstram, além da falta da adequada técnica em alguns dispositivos, os ataques feitos à norma positiva. Não se pode negar que a redação da lei é ruim ou mesmo falha, mas a sua extirpação do ordenamento pátrio por certo trará maiores danos do que a sua manutenção.

As investidas à sua constitucionalidade e a interpretação contrária à sua aplicação aos agentes políticos tiram-lhe a força sancionatória, que é a sua essência, minando esse eficaz instrumento de retaliação às ações nefastas dos agentes públicos.

É cediço ser tarefa da Administração Pública, analisar as sanções que se aplicam aos agentes públicos que deixam de agir sob a égide e a luz da moral, honestidade e boa-fé, configurando-se desta forma a improbidade administrativa. Sendo que, quantos aos princípios, o legislador brasileiro deverá observá-los na regulação das medidas limitativas desses direitos, de modo à unicamente restringi-los quando os meios utilizados sejam idôneos, necessários e proporcionados em relação com a consecução de fins constitucionalmente legítimos.

Não se recorra a estes princípios de forma desnecessária, vez que se têm, além de outros princípios já dispostos na constituição, como o da igualdade, o devido processo legal, outras formas clássicas de interpretação.

Aconselhando-se, entretanto, que em caso de tensão entre direitos constitucionais, dê-se preferência ao uso dos princípios da proporcionalidade e razoabilidades, tendo em vista que o equilíbrio desse conflito é sua finalidade, servindo com instrumento de controle de excesso e compatibilizando os interesses envolvidos.

Esse cuidado na utilização destes princípios para dirimir diferenças, apesar de possível redução do uso do termo, não pode ser visto como restrição de sua aplicação, mas como tentativa de realizar a técnica correta e mais adequada a cada caso concreto, contribuindo assim com o desenvolvimento de sua sistematização, vez que com isso possibilitará a melhor definição de cada termo e com sua utilização específica, o que não significa que dependendo do conteúdo adotado não possa ter atuação abrangente.

O controle e limitação do poder estatal podem ser realizados através de princípios implícitos da Constituição, sejam como normas jurídicas, ou princípios interpretativos, contudo devem ser demonstrados na sua utilização os elementos em que se fundamentou a decisão.

Assim sendo, os destinatários desta decisão poderão compreender seu percurso até o resultado, não sendo aceitável aquele com grau de subjetividade tal que não se vislumbre sua justificação e, portanto sua verificação tanto na compatibilidade da interpretação como na aplicação do texto constitucional, podendo ser visto, inclusive, como cerceamento de defesa.

É necessário, portanto, sistematizar o uso dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, definindo-se melhor seus significados e utilização adequada de cada sentido no contexto do caso concreto, e porque não colocá-los explicitamente na Constituição, já que de forma implícita são considerados como uma garantia aos direitos fundamentais, consagrados hoje principalmente na jurisprudência constitucional, como instrumentos de decisão capazes de promover o equilíbrio quando se têm em tensão bens, direitos, ou interesses protegidos e atingidos pelo poder estatal.

Não há dúvida de que o crescente exercício da cidadania e o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público com base na Lei de Improbidade Administrativa modificaram a face do país, acabando com a certeza da impunidade e gerando um efeito pedagógico inibidor dos atos ímprobos, antes tidos como normais e corriqueiros na vida pública do Brasil.

É sabido que a melhor solução, a fim de cessarem-se as discussões em torno da legislação anti-improbidade é de *lege ferenda*, como indicado pelos diversos projetos de lei que tramitam no Congresso, aproveitando-se de toda a experiência doutrinária e jurisprudencial até então existente, talvez não apenas para modificar, mas para a edição de nova norma.

A Lei de Improbidade Administrativa, por fim, culmina no cumprimento de seu papel, estabelecido na Constituição da República, de buscar a punição daqueles que praticarem atos funestos contra o povo e contra a democracia.

Desta forma, podemos dizer que também entendemos a improbidade administrativa como um ato de lesa-pátria, uma ofensa ao princípio republicano, uma falta de civismo e patriotismo a atacar a *res publica*, o bem de todos os cidadãos brasileiros. Ainda que soe ufanista, é uma verdade inexorável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADEIRA DE MELLO, Celso Antônio Curso de Direito Administrativo, 17ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2006

BASTOS, Celso Ribeiro. *As modernas formas de interpretação constitucional*. Disponível em: <<http://jusnavigandi.com.br/index.html>>, acesso em: 21. jun. 2004.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª reimpressão. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa*. Boletim de Direito Administrativo. 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª. ed. Coimbra : Almedina, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Tratado de Direito Administrativo, Forense*, Rio de Janeiro, vol. X, 1972.

DELGADO, José Augusto, *A Supremacia dos Princípios Informativos do Direito Administrativo: Interpretação e Aplicação*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. 1994

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva. , 1994.

Diniz, Maria Helena. *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*. 3 ed. São Paulo. Saraiva. 1999

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade Administrativa*. SP: Agá Júris, 1999

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Princípios Informadores do Direito Administrativo*. – São Paulo: Editora NDJ, 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva. , 1994

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª edição. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2005

GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa* – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*. 2ª ed.– Rio de Janeiro. América Jurídica . 2003

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução o órgão Ministério Público*. SP: Saraiva, 1997

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 154

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito a efetivação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 190, 1992

Osório, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade da Administração Pública*. Revista dos Tribunais. 2007

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores Da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1.994.

ROTHENBURG, Walter Claudius apud REALE, Miguel. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. - São Paulo, Malheiros. 1993.