



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

ANA CAROLINA LAPPE DO PRADO TEIXEIRA NETO

**O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE TIPICIDADE ADEQUADA DO ART. 11 DA LEI
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Brasília/DF

2015

ANA CAROLINA LAPPE DO PRADO TEIXEIRA NETO

**O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE TIPICIDADE ADEQUADA DO ART. 11 DA LEI
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

Brasília, 04 de dezembro de 2015.

ANA CAROLINA LAPPE DO PRADO TEIXEIRA NETO

**O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE TIPICIDADE ADEQUADA DO ART. 11 DA LEI
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –
UnB.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Vieira de Carvalho
Fernandes

Aprovada em _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
(Membro)

Prof. Dra. Daniela Marques Moraes
(Membro)

A Deus,

À minha mãe e ao meu pai.

RESUMO

Este trabalho pretende analisar em que medida a abrangência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa viola a tipicidade e a segurança jurídica em nosso ordenamento. Para tanto, será estudada a inserção da Lei de Improbidade Administrativa na esfera do Direito Punitivo estatal, e a possível aplicação, à ação de improbidade, de princípios e garantias advindos do *ius puniendi*. Lançando um olhar acerca do nosso ordenamento jurídico, é possível a observação de um ajuizamento desproporcional de ações de improbidade administrativa fundadas em atos ilegais, e não ímprobos, acarretando sanções de elevada gravidade a agentes que não foram desonestos em suas condutas. Com efeito, importa examinar como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça lida com o dispositivo em comento, bem como verificar possibilidades de aplicação do dispositivo com o respeito às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; princípios da Administração Pública; tipicidade; segurança jurídica; dolo; direito punitivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. TIPICIDADE NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	09
1.1. ASPECTOS GERAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	09
1.2. TIPICIDADE DO ART. 11.....	16
1.3. ANÁLISE DO ART. 11 A PARTIR DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	19
2. O PROBLEMA DA TIPICIDADE DO ART. 11.....	23
2.1. O ART. 11 E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE.....	24
2.2. A TIPICIDADE DO ART. 11 E A VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA.....	32
2.3. SIMILARIDADES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COM O DIREITO PENAL.....	37
3. OS RUMOS ESPERADOS PARA O FUTURO: PROPOSTAS DE AJUSTE.....	44
3.1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ: O INCONVENIENTE DA UTILIZAÇÃO DO REQUISITO DO DOLO GENÉRICO JUNTO AO ART. 11.....	44
3.2. SUGESTÕES DE APLICAÇÃO DO ART. 11 E FIXAÇÃO DE SEUS REQUISITOS.....	50
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa foi editada em um contexto turbulento, tendo como propósito a punição mais severa dos atos de corrupção. É interessante observar que o seu trâmite legislativo se deu de forma célere, a despeito das 302 emendas apresentadas. Por certo, tratou-se de uma tentativa de erradicação da corrupção que vinha assolando o país.

O juízo acerca da Lei de Improbidade Administrativa não é unânime – para alguns, a Lei vem sendo aplicada de forma desproporcional e inadequada em algumas situações, enquanto que, para outros, a Lei foi um grande avanço e merece ser interpretada de acordo com a supremacia do interesse público, mesmo que, para isso, algumas garantias individuais sejam relativizadas.

De qualquer forma, mesmo passados mais de vinte anos da sua publicação, a Lei n. 8.429/92 ainda apresenta diversos aspectos controvertidos, o que provavelmente se deveu à celeridade de sua aprovação, impulsionada pela utilidade e pelos anseios que a Lei teria naquele momento. Dessa forma, alguns dispositivos foram aprovados sem que houvesse uma análise mais aprofundada das consequências acarretadas no âmbito jurídico.

A despeito da louvável destinação da Lei de Improbidade Administrativa, isto é, a de combate aos atos ímprobos, é possível notar o seu desvirtuamento quando se observa o elevado número de ações ajuizadas em face de agentes públicos probos, ou de agentes públicos que tenham cometido alguma irregularidade (e não ato de improbidade). Nesse sentido, defende-se que as imprecisões do texto legal, corroboradas por uma aplicação desproporcional da lei, acarretam a supressão de direitos individuais e garantias àqueles que figurem no polo passivo de uma ação de improbidade administrativa.

Com efeito, o intuito deste trabalho é o de analisar, como problema de pesquisa, os efeitos advindos do rigor da Lei e de sua aplicação, dispondo sobre a sua redação e a violação de alguns princípios, com enfoque na abrangência da tipologia do art. 11, segundo a qual “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente (...)”.

Assim, a hipótese defendida no presente estudo é a de que o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa viola a tipicidade, acarretando insegurança jurídica ao agente público quando dispõe de tipologia excessivamente abrangente. O objetivo específico é verificar como se dá a aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa pela jurisprudência brasileira. No que tange ao objetivo geral, busca-se contribuir para uma construção teórica acerca das garantias inerentes ao Direito Administrativo Sancionador como segmento do Direito Punitivo.

O primeiro capítulo abordará o contexto que antecedeu a edição da Lei 8.429/92, para que se compreendam melhor os seus anseios e a sua natureza. Para além disso, também será realizado um panorama sobre os tipos dispostos na Lei e suas sanções. Considerando o enfoque do trabalho no art. 11 da Lei, serão realizados breves comentários acerca da teoria dos princípios, visto serem estes o seu alicerce na punição de condutas.

O segundo capítulo tem como escopo uma análise do art. 11 diante dos princípios da tipicidade e da segurança jurídica. Ademais, também abordará a natureza jurídica da Lei de Improbidade e a sua inserção no *ius puniendi* estatal. Com isso, serão tratadas as principais semelhanças entre a Lei 8.429/92 e o Direito Penal.

Finalmente, o terceiro capítulo tratará dos caminhos seguidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diante dos problemas de aplicação do famigerado art. 11, abordando o entendimento anterior e posterior da Primeira Seção, bem como as sugestões doutrinárias e fixação dos seus requisitos de aplicação para que esse dispositivo possa deixar de ser alvo de excessos.

1. TÍPICIDADE NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O presente capítulo tem por escopo traçar um painel geral acerca da Lei de Improbidade Administrativa e de seu contexto de edição para que se possa perceber a origem dos tipos presentes na Lei. Adiante, será discorrido sobre a tipologia dos artigos 9º (atos que importem enriquecimento ilícito), 10 (atos que causem prejuízo ao erário) e 11 (atos que violem os princípios da Administração Pública). Por fim, o último tópico do capítulo tratará da técnica legislativa da utilização de conceitos jurídicos indeterminados no artigo 11, a partir de uma abordagem sucinta acerca da teoria dos princípios.

1.1. Aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa

Discorrer acerca da Lei de Improbidade Administrativa, é, também, discorrer sobre seus anseios iniciais e sobre o contexto político em que foi promulgada. Interessa notar que se trata de lei que surgiu em um momento de grandes escândalos, que culminaram em sua publicação com a esperança de que pudesse pôr fim aos problemas que assolavam o país.

Não é despiciendo afirmar que, historicamente, é comum que pacotes de combate à corrupção sejam lançados em tempos de escândalos políticos, buscando demonstrar um engajamento governamental com a causa. Hoje, em tempos de lava-jato e demais escândalos, temos a Lei Anticorrupção, a qual também foi impulsionada em função de uma série de descontentamentos com a realidade brasileira, tendo sido sancionada logo após a onda de manifestações ocorridas em junho de 2013.

Certamente, um dos grandes problemas que surgem em tempos de crise é justamente a possibilidade de excessos, intolerância, relativização de direitos, decisões desarrazoadas e do ajuizamento de ações sem a real observação das garantias a que todos deveriam fazer jus. A sociedade clama por justiça, não tolerando mais a impunidade, e é interessante que o Judiciário esteja sintonizado com os anseios sociais. Isso não significa, contudo, que este deva agir relativizando garantias apenas em razão de a finalidade da lei ser boa.

Conforme Emerson Garcia, sob uma perspectiva histórica, a linha de evolução no combate à improbidade confunde-se com a luta contra a corrupção¹. Sendo

¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 193.

assim, deve ser ressaltado que a ideia de punição do agente público desonesto não se deu recentemente, com a Lei de Improbidade Administrativa ou a Lei de Ação Civil Pública. Muito ao contrário. Citem-se, por exemplo, as Ordenações Filipinas, que, no Título LXXI, Livro V, já dispunham acerca da punição dos oficiais da Justiça e da Fazenda que aceitassem vantagens, *verbis*:

que não recebam para si, nem para filhos seus nem pessoas, que debaixo do seu poder e governança têm, dadas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja. [...]E quem o contrario fizer, perderá qualquer Officio, que tiver, e mais pagará vinte por hum do que receber, a metade para quem o acusar, e a outra para nossa Camara².

Outros diplomas já buscavam, de uma forma ou de outra, a repressão aos atos de improbidade. A Constituição de 1824 dispunha sobre a punição de qualquer dissipação de bens públicos por parte dos Ministros de Estado³, dispondo, igualmente, no art. 179, XXIX, que “Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos”. Também as seguintes previam a improbidade como crime de responsabilidade do Presidente da República e altos funcionários: 1891⁴, 1934⁵ e 1946⁶.

Esta última, em especial, teve o seu dispositivo regulamentado pelas leis Pitombo/Godoy Ilha (3.164/57), e Bilac Pinto (3.502/58). Medina Osório lembra que a Lei Bilac Pinto foi a lei anterior que mais se aproximou da Lei de Improbidade Administrativa, a qual, inspirada no direito anglo-saxônico, tratava somente dos casos de enriquecimento ilícito de servidores públicos, dirigentes, ou empregados de autarquia. Para ele, a lei não tratava expressamente da improbidade, mas sim da corrupção, que seria uma espécie de improbidade administrativa⁷.

A Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) encontrou previsão mais à frente, na Constituição de 1967, com o intuito de “anular atos *lesivos ao patrimônio* de entidades públicas”(grifou-se). Em 1968, o Ato Institucional n. 5, em seu art. 8º, previu que

O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função

² Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXI. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1218.htm>> Acesso em 20 out. 2015.

³ “Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsaveis [...] II. Por peita, suborno, ou concussão.

III. Por abuso do Poder.

IV. Pela falta de observancia da Lei.

V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

VI. **Por qualquer dissipação dos bens publicos.**” (Grifou-se)

⁴ “Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: [...]6º) a **probidade** da administração;” (Grifou-se).

⁵ Reproduziu o mesmo dispositivo da Carta Constitucional anterior.

⁶ Manteve o dispositivo de crime de responsabilidade dos atos que atentam contra a probidade, acrescentando o seguinte: “Art. 141, § 31 – [...] A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 101.

pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, retratando evidente exacerbação dos poderes conferidos ao Executivo, em detrimento do Judiciário, em um contexto de opressão e ampla desconsideração dos direitos individuais e da segurança jurídica.

Finalmente, o texto original da atual Constituição dispôs, no *caput* do art. 37, que “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade”⁸ e, em seu § 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Há, aqui, maior abrangência dos atos de improbidade para englobar também aqueles que não necessariamente gerem dano ao erário ou enriquecimento ilícito, conferindo-se destaque aos princípios. Nessa linha, o art. 5º, LXXIII, previu a figura da ação popular com o intuito de inibir, dentre outros, o ato lesivo à **moralidade administrativa**, o que certamente ensejou um outro grau de importância ao princípio da moralidade - lembre-se que na Constituição de 1967 a ação popular visava apenas à anulação dos atos que fossem lesivos ao patrimônio público.

Dessa maneira, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 deu maior ênfase aos princípios, rompeu com a tradição de previsão do instituto pelas searas penal, cível (como intuito ressarcitório) e disciplinar, centralizando a improbidade no âmbito administrativo.

Em 1992, a Lei 8.429/92 veio regulamentar o dispositivo do art. 37, § 4º da Carta Constitucional. Lembre-se, contudo, que tal regulamentação se inseriu em um contexto social e político bastante propício à reprimenda de atos ímprobos, cumprindo tecer aqui alguns comentários acerca de sua promulgação, em 02 de junho de 1992, no então Governo do Presidente Fernando Collor de Mello. O primeiro presidente eleito pelo voto direto no país após o regime militar fundamentou a sua campanha presidencial principalmente no combate à corrupção, proclamando um governo que romperia com as mazelas do país, popularmente conhecido como caçador de marajás. Tal qual é sabido, em função de escândalos de corrupção no alto escalão do Governo, iniciou-se processo de *impeachment*.

Vale notar que o projeto inicial da Lei 8.429/92 foi redigido pelo Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, tendo sido encaminhado ao Congresso em agosto de 1991 por

⁸ Com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, foi acrescido o princípio da eficiência ao art. 37.

meio da Mensagem 406/1991, dando origem, posteriormente, ao PL 1.446/1991. O Projeto de Lei teve uma aprovação bastante célere apesar do grande número de emendas apresentado – isto é, 302 emendas.

Salienta-se que a concepção original do projeto se limitava à punição do agente público em decorrência de enriquecimento ilícito, sendo composto por apenas 13 artigos. O enriquecimento ilícito era definido em rol exemplificativo de nove incisos, que continha disposições como a de “receber vantagem econômica de qualquer natureza para tolerar a exploração de jogos de azar ou lenocínio” (art. 2º, VII), a de “aquisição de bens ou valores, no exercício de cargo, emprego ou função pública, ou logo após deixá-lo, sem que, à época da aquisição, dispusesse de recursos financeiros” (art. 2º, IX), dentre outras.

Na exposição de motivos redigida pelo Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, é ressaltado que a proposta legislativa está inserida no marco do processo de modernização do país “em ordem a resgatar, perante a sociedade, os mais gratos compromissos de campanha, que, por decisão majoritária do povo brasileiro, transformaram-se em plano de governo”. O Ministro explica, também, que o texto define quais os casos de enriquecimento ilícito para os fins da lei, além de conter dispositivo que impõe a todo agente público o dever de apresentar declaração anual atualizada de bens e valores como condição prévia indispensável à posse e ao exercício do cargo⁹.

Cumprido esclarecimento acerca do substitutivo oferecido pelo Senado Federal, que modificou consideravelmente a técnica legislativa e o mérito do projeto inicial, adicionando, dentre outros aspectos, a violação aos princípios da Administração Pública como ato de improbidade administrativa.

Durante sessão legislativa referente à discussão de referido substitutivo, o então Deputado Nelson Jobim muito bem expressou a necessidade de cautela quanto à aprovação do Projeto de Lei, sobretudo em função do momento de excessivo descontentamento com a corrupção no país:

Precisamos ter muita cautela, pois há uma tendência muito grande, tendo em vista a situação de corrupção do País, de se criar instrumentos tipicamente policiais na fiscalização da atividade pública. Devemos ter muita cautela, repito, com os efeitos que isto possa produzir. Clamo a atenção do Relator para o Substitutivo do Senado, que cria uma situação curiosa¹⁰.

Em outra sessão, continuou:

⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 1446/1991. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC537C8FE99CBFE912C002C3F6AEB053.proposicoesWeb?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em 20 out. 2015.

¹⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 34ª Sessão da 2ª Seção Legislativa da 49ª Legislatura, 02 abr. 1992. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03ABR1992.pdf#page=65>>. Acesso em: 20 out. 2015.

Sr. Presidente, gostaria de dizer à Casa e às Lideranças, seguindo a mesma linha das ponderações do Deputado Hélio Bicudo, que este texto requer meditação, não obstante nos encontrarmos num momento regimental que nos forçaria eventualmente à votação, salvo deliberação unânime das Lideranças e a aquiescência de V. Exa. Requer meditação, para que não passemos equivocadamente a entender que o rigorismo da legislação penal vai resolver problemas de improbidade administrativa. Pelo contrário, o rigorismo da legislação penal impede a aplicação da lei e alimenta o processo. [...] para que meditem e retirem essa matéria de pauta, a fim de que possamos construir uma solução que seja adequada ao sistema constitucional e que não venhamos a cair nesse terror aberrante da busca da culpa. Estamos transformando nesse caso um procedimento penal num processo inquisitorial, em que só se encontram culpados e pecadores e não se encontra a presunção da inocência, que é a regra no sistema democrático. (grifou-se).

Como mencionado acima, a celeridade na aprovação do Projeto relacionou-se com o delicado contexto pelo qual o Brasil passava, buscando-se sanar o descontentamento do povo brasileiro através da edição de uma lei que solucionaria o grave problema da corrupção.

Nesse sentido, Juarez Freitas entende que a Lei de Improbidade Administrativa surgiu sob um pano de fundo de ambiguidades e excessos que devem ser ajustados a partir de uma interpretação sistêmica:

Para tanto, imperiosa se mostra a nítida consciência do fenômeno legislativo, consistente na inoculação de ambiguidades nos textos legais, em maior ou menor escala, dependendo da complexidade do modelo representativo. Conjugado a este fenômeno, encontra-se o da frequente e inflacionada aprovação de textos feitos mais para constar, ou seja, a introdução de normas nascidas sob a égide de um congênito ceticismo dos seus próprios elaboradores. Somados, os fenômenos em tela são mananciais de ambigüidades exacerbadas, cujas origens não devem ser olvidadas pelo aplicador maduro¹¹.

Para Eurico Bitencourt Neto, a leitura dos dispositivos iniciais da Lei de Improbidade Administrativa permite observar que “a regulação infraconstitucional da improbidade administrativa nunca teve tamanho alcance no direito brasileiro”, e continua, afirmando que “o estudo de dispositivos de seu corpo demonstrará o quão ousado foi o legislador, caminhando [...] sobre a linha divisória entre a rigidez na proteção do patrimônio público e a desproporcionalidade. Avoluma-se, pois, a responsabilidade do intérprete-aplicador”¹².

Observa-se que essa rapidez na tramitação legislativa permitiu que houvesse a aprovação da lei com pontos controvertidos que, até hoje, mais de vinte anos após a sua publicação, ainda levantam amplas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. A bem da verdade, muitos juristas ainda se fazem perplexos em decorrência da vagueza semânticas dos

¹¹ FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. Revista de Direito Administrativo, v. 204, pp. 65-84. Disponível em <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/95.htm>>. Acesso em 22 out. 2015.

¹² NETO, Eurico Bitencourt. Improbidade Administrativa e violação de princípios. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 111.

dispositivos legais, que acabam “atemorizando os gestores públicos e municinando os órgãos fiscalizadores com poderes imensos”¹³.

A despeito de prever a punição aos atos ímprobos, a Lei 8.429/92 não define o que vem a ser *improbidade administrativa*, dispondo apenas que os atos de improbidade serão punidos na forma da lei. Sendo assim, coube à doutrina o entendimento acerca do conceito de *improbidade*.

Fábio Medina Osório, em seu livro *Teoria da Improbidade Administrativa*, discorre que, apesar de a improbidade se aproximar da má gestão pública, nem toda má gestão pública irá configurar improbidade administrativa, defendendo, juntamente com outros doutrinadores, que a improbidade administrativa seria uma imoralidade administrativa qualificada¹⁴. Com efeito, o jurista ainda entende que um tripé fundamental compõe a improbidade: ilegalidade, imoralidade e deslealdade¹⁵, pois “toda e qualquer conduta ímproba reflete uma forma de ilegalidade, imoralidade e deslealdade institucional”.

Maria Sylvia Di Pietro considera que, a despeito da Constituição Federal prever a figura da probidade e da moralidade como se distintas fossem,

pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa [...] é preciso também observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração¹⁶.

Em que pese esse entendimento advindo da renomada doutrinadora, chama-se atenção para a compreensão de que, para fins de aplicação da Lei 8.429/92, nem toda imoralidade administrativa será improbidade. Não faria sentido a diferenciação das expressões pelo constituinte se ambas significassem exatamente o mesmo e acarretassem idênticas consequências. Um desrespeito à probidade certamente acarreta sanções mais gravosas, pois, além daquelas que poderiam ser aplicadas a uma transgressão à moralidade, também seria possível a suspensão dos direitos políticos e demais sanções restritas aos atos de improbidade.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que “a ilegalidade só adquire *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da

¹³ OSÓRIO, op.cit., p. 102.

¹⁴ O que significa que todo ato ímprobo ofende a moralidade administrativa, mas nem toda imoralidade administrativa configura improbidade administrativa. Nessa corrente, Márcio Cammarosano (O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 109); Marcelo Figueiredo (O controle da moralidade na Constituição, São Paulo: Malheiros, p. 56); e José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 650).

¹⁵ OSÓRIO, op. cit., p. 117.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 766.

Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade [...] deve traduzir necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade”¹⁷.

Sendo assim, só poderá haver improbidade em situação que se comprove que o agente teve consciência ou assumiu o risco da prática de uma conduta ímproba. Fixando a compreensão da imoralidade como gênero e da improbidade como espécie, é essencial a presença do elemento subjetivo da conduta para que haja a correta configuração do ato ímprobo. Nesse sentido, é imprescindível que o agente tenha intenção de praticar o ilícito, caso contrário seria possível a punição do agente inábil, despreparado - o que, vale dizer, já foi superado pela jurisprudência do STJ¹⁸.

Concluindo que a conceituação da improbidade administrativa envolve violação conjunta aos princípios acima mencionados, somada ao elemento subjetivo que denota a má-fé do agente, caminhamos para outros aspectos da Lei.

Em seus sete capítulos, a Lei estabeleceu aspectos materiais e processuais para configuração do ato ímprobo, tipologias dos atos de improbidade e respectivas sanções, aplicações de disposições penais e definição dos sujeitos ativos e passivos, dentre outros. Em decorrência da impossibilidade de uma abordagem exaustiva de todos os aspectos da lei, será dado enfoque aos relativos à temática deste trabalho.

Dessa forma, com relação à tipicidade dos atos de improbidade administrativa previstos em lei, é cediço que se dividem em três categorias diversas: i) atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); ii) atos que causem prejuízo ao erário (art. 10); e iii) atos que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), nos seguintes termos:

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

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

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

¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 480.387/SP – 1ª Turma – Rel.: Min. Luiz Fux – DJU 16.03.2004, p. 163.

¹⁸ “[...] Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido.” (STJ - REsp: 213994 MG 1999/0041561-2, Relator: Ministro GARCIA VIEIRA, Data de Julgamento: 17/08/1999, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27.09.1999 p. 59)

De acordo com a doutrina majoritária e a jurisprudência, e em função da própria redação da lei, temos que a primeira e a terceira categorias abrangeriam apenas atos dolosos, enquanto que a segunda comportaria também atos culposos. Cabe observar que não se trata de qualquer categoria culposa, mas sim de culpa grave, como explica Medina Osório:

A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LIA sobre o assunto. [...] enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave, motivo pela qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente do setor público e a suspensão de seus direitos políticos¹⁹. (Grifou-se).

O autor enfatiza que a própria estrutura da Lei de Improbidade Administrativa apresenta normas sancionadoras em branco e que, para que se materialize a transgressão, deve haver uma necessária complementação do texto legal, pelo legislador ou pela Administração Pública. Para ele, é necessário que o sujeito ativo do ato de improbidade

viole textos legais subjacentes aos tipos sancionadores, os quais constituem normas punitivas em branco. Não é admissível cogitar-se de improbidade em razão da pura violação a princípios, sendo imprescindível que ocorra violação a regras completivas. Tampouco se tolera configuração de improbidade administrativa a partir de vulneração direta aos dispositivos da Lei Geral, sendo necessário constatar agressão a outros dispositivos complementares, inclusive com assento constitucional²⁰.

Sob essa linha de raciocínio, Emerson Garcia comenta que duas técnicas legislativas são empregadas na Lei 8.429/92. A primeira técnica, e mais importante para este trabalho, é justamente a empregada pelo legislador no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11, qual seja, a de utilização de conceitos indeterminados como instrumento de enquadramento a um número interminável de ilícitos que poderiam ser praticados²¹. De outro lado, a segunda técnica consubstancia-se na previsão específica de situações nos incisos, o que, para muitos doutrinadores, implica em um rol exemplificativo de condutas.

Baseando-se nisso, a seguir será realizada análise detida acerca da tipologia do art. 11 da Lei.

¹⁹ OSÓRIO, op. cit., p. 244.

²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html> Acesso em 03.out.2015.

²¹ GARCIA, op. cit., p. 349.

1.2 Tipicidade do art. 11

Como visto pelo contexto que antecedeu a edição da Lei de Improbidade, a tipologia do art. 11 se insere em um momento de inovação com relação à punição de agentes públicos, mas não só. Trata-se também da representação de um paradigma que dá nova ênfase aos princípios, sobrepondo-se ao paradigma que restringia o Direito a regras.

Tal transição buscou conferir maior dinâmica às transformações sociais, de modo que o Direito possa se adaptar e dar respostas mais céleres a um mundo em constante transformação. Outrossim, a utilização de termos indeterminados traz consigo outros aspectos positivos, como a flexibilização de mecanismos punitivos, dificultando manobras pautadas no formalismo excessivo e reduzindo a impunidade.

O inconveniente advindo daí, contudo, é o comprometimento da segurança jurídica, com o aumento da incerteza no que se refere ao alcance da norma, bem como o abuso acusatório, que desconsidera garantias tão caras ao nosso sistema. Outras desvantagens serão melhor abordadas no segundo capítulo deste trabalho.

Rumo ao texto legal, na Lei de Improbidade Administrativa, o dever jurídico de observação dos princípios da Administração Pública aparece primeiramente no art. 4º, *verbis*: “Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.”

Trata-se de dispositivo muito semelhante ao do art. 37 da Constituição Federal, que não abarcou o princípio da eficiência por este ter sido acrescido ao texto constitucional por intermédio da Emenda 19/98. Mais adiante, o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa vem complementar o art. 4º, nos termos que seguem:

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

(Grifou-se).

O art. 11 expressa que qualquer violação a princípios acarretará improbidade administrativa, enfatizando, aqui, os princípios da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Embora tenham sido elencados apenas quatro princípios, Emerson Garcia comenta que a violação a outros princípios também pode vir a configurar ato de improbidade, visto que, para ele, “a tipologia do art. 11 a todos alcança, ainda que advenham de princípios implícitos [...], pois não seria dado ao legislador infraconstitucional restringir ou suprimir aqueles previstos na Constituição”²².

De maneira concisa, sobre os princípios dispostos no art. 11, verifica-se que o dever de legalidade se relaciona com o respeito às normas dispostas no ordenamento, sendo complementado por outros princípios para a configuração do ato de improbidade. A lealdade institucional se relaciona com a honra na função pública, isto é, com a noção de confiança entre aqueles que exercem a função pública e os demais, lembrando, também, que é possível a violação da lealdade institucional sem que isso acarrete improbidade administrativa²³.

Quanto à honestidade administrativa, além de ser um dever moral, também se trata de um dever jurídico geral. Osório esclarece que a desonestidade se faz pelo descumprimento de normas jurídicas somada “à intenção de descumprimento e à importância das normas não cumpridas”. Sendo, assim, três elementos são essenciais para a caracterização da desonestidade: a) normas jurídicas transgredidas; b) intencionalidade do sujeito; e c) grau de importância das normas em questão²⁴.

A imparcialidade administrativa é bastante semelhante à honestidade administrativa, prezando pela neutralidade e isenção de interesses privados na atividade pública. Bastante dificultoso é traçar os seus limites, posto que a absoluta neutralidade se mostra uma utopia diante da subjetividade humana. Ademais, há uma série de condutas que podem ser entendidas como parciais na *praxe* administrativa, sendo interessante encarar esse princípio através da gradação de condutas mais ou menos parciais.

No que tange aos incisos, também é possível observar certa abertura semântica, embora menos abrangente que a do *caput*. O legislador dispôs condutas que retratam a violação a um ou mais princípios. A violação à legalidade é evidenciada no inciso I, estando também presente nos demais incisos. Com relação à eficiência, por exemplo, é possível vislumbrar a sua violação principalmente pelo inciso II; a violação à publicidade é bem retratada pelo inciso IV; já a violação à moralidade é retratada em todos os incisos.

²² GARCIA, op. cit., p. 392.

²³ OSÓRIO, op. cit., p. 121.

²⁴ Ibid., p. 124.

Apenas pela leitura do dispositivo legal, o emprego da expressão “e, notadamente” no *caput* do art. 11 possibilita a percepção de que qualquer violação aos princípios da Administração já pode, por si só, acarretar ato de improbidade. Além disso, repare-se que a utilização do advérbio “notadamente” busca abarcar também outras condutas que não as dispostas nos incisos. Em decorrência disso, a doutrina apresenta diversas sugestões de aplicação que serão melhor tratadas posteriormente.

Tamanha a amplitude do *caput* do art. 11 que é entendido pela doutrina como norma de reserva, dado o ilimitado número de condutas que podem ser ali enquadradas. Dessa forma, de suma importância a fixação do entendimento segundo o qual a improbidade é mais que um ato ilegal. Ademais, vale destacar que, nos termos do art. 21, I, da Lei, o enquadramento no art. 11 prescinde da ocorrência de dano para que seja ajuizada ação de improbidade administrativa. Daí enfatizar-se, novamente, a necessidade do dolo, da desonestidade do agente.

A cautela a ser empregada na aplicação do art. 11 não remete à impunidade dos agentes públicos, deve-se sublinhar. Isso pois a Lei de Improbidade Administrativa não é a única a ensejar a punição de agentes públicos, não cabendo a sua utilização para todo e qualquer tipo de conduta, como uma fórmula mágica - há institutos que já tratam da responsabilidade civil, responsabilidade funcional, responsabilidade penal e responsabilidade política no nosso ordenamento.

1.3. Análise do art. 11 a partir da teoria dos princípios

A Constituição de 1988, como visto, inovou consideravelmente no ordenamento jurídico, conferindo nova ênfase aos princípios e conceitos indeterminados, dando maior abertura às normas constitucionais. É cediço que, quanto maior a amplitude dos limites normativos, caso da utilização de princípios e conceitos indeterminados, maior a liberdade do aplicador da lei. Para além dos princípios constitucionais explícitos na Constituição Federal, fala-se também nos princípios implícitos, isto é, aqueles que não encontram disposição na Carta Constitucional, mas são igualmente importantes – caso da proporcionalidade, razoabilidade e segurança jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por

definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁵

Deve-se considerar que o contexto da prática jurídica de um Estado é de suma importância para a utilização adequada dos princípios. Nesse aspecto, o Professor Marcelo Neves, em sua obra *Entre Hidra e Hércules*, muito bem expõe que, se um Estado tem sua prática jurídica marcada por ilegalidades e inconstitucionalidades, “uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica”. Isto é, o fato de não alcançarem a definitividade permite que os princípios sejam mais facilmente articulados para encobrir soluções que minem a consistência da ordem jurídica²⁶.

Historicamente, pelo direito natural, os princípios jurídicos consistiram em proposições supremas, inerentes ao homem, sendo independentes de qualquer criação legislativa. A partir dessa concepção jusnaturalista, tem-se que o conteúdo da norma não é criado, mas sim apreendido. De outro lado, por uma visão positivista, os princípios são entendidos como alicerces do ordenamento, dando a ele sentido e direcionando a sua aplicação.

Tradicionalmente, os princípios eram encarados mais como meios de interpretação e integração, o que se demonstra inclusive pela leitura da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe acerca da sua utilização em caso de lacuna de lei, *verbis* “Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Já pelo dispositivo elencado, nota-se que aos princípios gerais do direito não era dado especial destaque, posto que eram a última categoria a ser utilizada em caso de omissão do texto legal. Assim, enquanto se conferia menor grau de importância aos princípios, restringindo a sua utilização como complemento às regras, o pós-positivismo trata o princípio como norma, lado a lado à regra.

Para tanto, faz-se necessário discorrer sobre os limites conceituais que envolvem regras e princípios. Uma das principais construções teóricas acerca disso é a de Robert Alexy. O autor, em *Teoria dos direitos fundamentais*, esclarece que regras e princípios se inserem no conceito de norma – “tanto regras, quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.²⁷”. Nessa linha, cita como critérios diferenciadores das duas categorias: i) o grau de generalidade; ii) a determinabilidade dos casos de aplicação; iii) a forma de

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 817.

²⁶ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 190.

²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87.

surgimento; iv) o caráter explícito de seu conteúdo axiológico; v) a referência à ideia de direito ou à lei jurídica suprema; vi) a importância para a ordem jurídica; vii) o fato de serem razões para regras ou serem regras propriamente ditas; e viii) o fato de serem normas de argumentação ou de comportamento.

A partir dos critérios acima expostos, Alexy aponta três possíveis teses quanto à diferenciação regras/princípios. A primeira entende que não seria possível tal diferenciação, dada a diversidade existente. Diferentemente, a segunda tese defende que a distinção entre regras e princípios poderia ser feita somente por critérios de gradação – o grau de generalidade seria o critério decisivo para a classificação. Já a terceira tese, adotada pelo autor, defende que há uma distinção, não só gradativa, mas sim qualitativa.

Para Alexy, há um separador de águas: enquanto os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados, as regras são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Dessa forma, e pelo seu grau de abstração, os princípios não dispõem de uma delimitação substancial, isto é, “não dispõem da extensão de seu conteúdo”²⁸. Sendo assim, denota que os princípios serão sempre razões *prima facie*, enquanto que as regras serão razões definitivas, caso não seja estabelecida exceção.

Isso significa que a aplicação dos princípios se dará de acordo com o caso concreto. Diferentemente das regras, a aplicação dos princípios não é absoluta, não se podendo afirmar que um determinado princípio prevalecerá sobre outro. Quando há o choque entre princípios, é possível então que haja um contrabalanceamento, chegando-se a um ponto de equilíbrio com a possibilidade de harmonização dos princípios em conflito.

Assentada a diferença entre regras e princípios, cumpre tecer alguns comentários acerca da utilização de conceitos jurídicos indeterminados. García de Entrerria e Tomás Ramón-Fernández sintetizam que os conceitos apresentados pelas normas podem ser determinados ou indeterminados. O primeiro caso, evidentemente, trata daqueles que apresentam sentido unívoco e delimitado, de fácil compreensão, enquanto que o segundo trata de uma esfera não definida, de limites imprecisos. Para Eurico Bitencourt Neto, em *Improbidade administrativa e atentado aos princípios da Administração Pública*, expressões como “improbidade administrativa” e “moralidade administrativa” claramente se inserem no âmbito dos conceitos indeterminados²⁹.

Emerson Garcia explica que os conceitos jurídicos indeterminados

normalmente se apresentam na imprecisão conceitual linguística, na incerteza derivada da necessidade de avaliação da situação concreta subjacente à norma, na

²⁸ Ibid., p. 104.

²⁹ NETO, op. cit., p. 100.

necessidade de realização de uma ponderação valorativa de interesses ou na exigência de realização de um juízo de prognose³⁰.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados naturalmente acarretará um comportamento especial do intérprete, a fim de que haja a correta concretização da norma. Sendo assim, importa observar que não se trata de mera operação de subsunção, mas sim de intermediação entre a norma e o fato. Emerson Garcia atenta para o fato de que a operação compreende a valoração das circunstâncias limítrofes ao caso, permitindo assim a densificação de seu conteúdo.

Considerando que o *caput* do art. 11 utiliza-se da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados³¹, tal qual exposto por Emerson Garcia, tem-se a exigência de que o intérprete atue de modo responsável, de maneira a não transpor os limites legais e aumentar inadvertidamente a abrangência da norma. E isso em função da vagueza semântica do art. 11, o qual tipifica ato de improbidade a partir da violação a princípios.

Concluindo, ratifica-se que o caráter aberto do art.11 se deve à utilização de termos que, por sua natureza, já ensejam a necessidade de um juízo subjetivo; nesse sentido, vale a transcrição das palavras de Alexy, exacerbando o caráter abrangente dos princípios:

Essa breve visão do nível dos princípios mostra que nele estão reunidas coisas extremamente diversas. Mas mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca de sua indeterminação. No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa³².

³⁰ GARCIA, op. cit., p. 347.

³¹ Ibid., pp. 349 – 350.

³² ALEXY, op. cit., p. 139.

2. O PROBLEMA DA TIPICIDADE DO ART. 11

O estudo da Lei de Improbidade Administrativa, inserida no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, permite a observação de uma incoerência: apesar do elevado grau punitivo de algumas de suas sanções, a elaboração teórica do Direito Administrativo Sancionador é deficitária, o que certamente compromete as ferramentas de controle do Estado. Nesse sentido, conforme dispõe Fábio Medina Osório, em sua obra *Direito Administrativo Sancionador*,

não tem havido uma teorização adequada a respeito dos princípios que devem orientar o chamado Direito Administrativo Sancionatório, não obstante seja usual, comum e rotineira a utilização desse ramo jurídico como forma de coibir comportamentos socialmente danosos³³.

Esse raciocínio é compartilhado por outros autores. Na mesma linha, Fernando Capez afirma que a ausência de rigor científico para a configuração do ato de improbidade é capaz de acarretar gravosas distorções na aplicação das pesadas sanções da Lei de Improbidade. O autor esclarece algumas diferenças entre os requisitos teóricos da sanção criminal e da sanção da lei de improbidade, nos termos seguintes.

Para a sanção criminal há toda uma construção doutrinária e legal exigida antes de uma eventual punição. No que tange ao ato de improbidade administrativa, porém, por não ser considerado crime e dessa forma, refugir ao âmbito protetivo dos princípios constitucionais penais, relega-se o desvalor da ação para um segundo plano, concentrando-se no desvalor do resultado, com admissão da responsabilidade objetiva e um temerário alargamento causal que muitas vezes alcança condutas acessórias, sem maior relevância e desprovidas de qualquer inadequação social³⁴.

Com efeito, demonstra-se preocupante que se busque coibir vigorosamente determinados comportamentos sem que haja a consolidação de um substrato teórico robusto, abrindo-se caminho a arbitrariedades e violação às garantias. Aliás, no Brasil, o ajuizamento de ações de improbidade administrativa é, por vezes, desmedido, com a aplicação desproporcional de sanções, havendo um rompimento de um núcleo fundamental de direitos e garantias fundamentais.

Deve ser esclarecido que o aumento da proteção aos direitos fundamentais dos requeridos não acarreta necessariamente um aumento da impunidade. Medina Osório entende, inclusive, que as consequências penderiam para uma diminuição da impunidade,

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

visto que, para ele, a crise do sistema punitivo estaria no interior da crise de gestão do Estado brasileiro³⁵.

Sob o domínio do Direito Administrativo Sancionador, interessa para este estudo a fixação conceitual da figura da sanção administrativa. Em sua obra *Teoria da Improbidade Administrativa*, Medina Osório lapidou a sua proposta ao entender que a sanção administrativa é imposta ao administrado ou jurisdicionado conforme as regras *e princípios do direito administrativo*³⁶.

Destarte, de suma importância para o tema em comento a discussão de um dos relevantes princípios aplicáveis à Lei de Improbidade Administrativa, o da tipicidade.

2.1. O art. 11 e a violação ao princípio da tipicidade

O princípio da tipicidade é comumente associado ao Direito Penal³⁷, inclinando-se em relação ao respeito às garantias fundamentais e à redução da arbitrariedade judicante através da configuração de padrões textuais objetivos e bem definidos. Consoante o estudo acerca da aplicabilidade do princípio da tipicidade em outros ramos do Direito, devemos considerar, primeiramente, que a tipicidade é corolário do princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 5º, II, XXXIX, XL e LIV da Constituição Federal.

Diante disso, não é cabível a afirmação de que é princípio exclusivo do âmbito penal, uma vez que tal exigência perpassa todo o campo punitivo, aí incluído o Direito Administrativo Sancionador. No caso dos atos ímprobos, estão evidentemente submetidos a tais requisitos fundamentais, pois, conforme mencionado anteriormente, inserem-se nessa seara punitiva.

Analisando o ilícito administrativo, Regis Fernandes de Oliveira reforça que a infração administrativa deve estar consolidada em um tipo. Assim, “para que haja aplicação da penalidade e para que se identifique a infração administrativa, impõe-se que esteja presente, além da antijuridicidade, o tipo, ou seja, o conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei”. Em situações nas quais há uma excessiva generalização do tipo,

³⁵ OSÓRIO, op. cit., p. 51. Para o autor, “a má gestão pública das instituições de controle afeta os níveis de qualidade das normas produzidas, culminando em maiores índices de impunidade (...). A crise se reflete na lentidão, falta de racionalização dos serviços públicos, fundamentação precária, descomprometimento dos operadores, tudo a desembocar num déficit progressivo e preocupante das decisões normativas.”

³⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 192. Sabe-se, entretanto, que não apenas os princípios do direito administrativo que se aplicam às sanções administrativas.

³⁷ Deve-se ressaltar que tal princípio não deve ser encarado como exclusivo do Direito Penal, conforme será demonstrado neste estudo.

Regis Fernandes entende que cabe à Administração limitar as probabilidades fáticas, pois, faltando algum dos elementos do tipo – objetivos, subjetivos e normativos – não há infração³⁸.

No Direito Penal, o princípio da tipicidade é elemento basilar na estruturação do sistema, sendo necessário que a ação humana se amolde a uma determinada conduta anteriormente prevista no ordenamento para que haja a adequação entre o fato e a descrição em lei. Guilherme Nucci, associando a tipicidade à taxatividade, explica que as condutas típicas deverão ser claras de modo a não deixar dúvidas ao destinatário da norma, acrescentando que “a construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos”³⁹.

No que tange à seara administrativa, o eminente jurista espanhol Eduardo García de Enterría dispôs que a tipicidade da conduta advém de uma dupla exigência do respeito aos princípios da liberdade e da segurança jurídica, nos seguintes termos.

La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación (y delimitadas, además, por la representación democrática del pueblo a través de las leyes) y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos⁴⁰.

A argumentação de que somente o direito penal mereceria maiores garantias em função da natureza do bem jurídico tutelado não se sustenta se considerada a gravidade das sanções da lei de improbidade administrativa⁴¹. Nesse sentido, de elevada elucidação o voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no âmbito da Reclamação 4.810-1/RJ⁴²:

(...) a simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda de função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar o forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos, da ação de improbidade. Nesse ponto, seguindo a doutrina, observou-se que a sentença condenatória proferida nessa peculiar ‘ação civil’ é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, sobretudo na perspectiva do equilíbrio jurídico-institucional.

³⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20 – 21.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 35.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. La Ley. 1ª edición argentina. Buenos Aires, 2006, p. 177.

⁴¹ A Lei 8.429/92 possui sanções de elevada gravidade, tais como a suspensão dos direitos políticos, a determinação da perda da função pública e a indisponibilidade de bens. Para o Ministro Gilmar Mendes, também no voto da Rcl 4.810-1/RJ “As sanções de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública demonstram, de modo inequívoco, que as ações de improbidade possuem, além de forte conteúdo penal, a feição de autêntico mecanismo de responsabilização política”.

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.810-1/RJ. Relator: Min. Gilmar Mendes. J. 18 dez. 2006.

Em função disso, defende-se a este respeito a possibilidade da aplicação da mesma noção de tipicidade às searas penal e de improbidade administrativa⁴³.

Seguindo-se rumo à percepção do tipo, Julio Fabrini Mirabete explica a existência de duas categorias distintas – tipos normais e tipos anormais. A primeira trataria do tipo com elementos objetivos em sua descrição, enquanto a segunda compreenderia as descrições legais subjetivas, os conceitos indeterminados – caso do art. 11 da Lei.

Sendo assim, uma grande dificuldade envolvendo os tipos anormais é justamente a impossibilidade de previsão segura de que uma determinada conduta resulte em punição. Atualmente, o excessivo ajuizamento de ações de improbidade e a infinidade de condutas que podem ser englobadas na tipologia do art. 11 culminam no engessamento da Administração Pública, com o desestímulo de práticas inovadoras por não se saber ao certo o que poderá ou não ensejar o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa. Dessa forma, o gestor público, nos dias atuais, é figura atemorizada, sujeita ao enfrentamento de uma ação de improbidade a qualquer momento.

A constante ingerência do Judiciário na seara administrativa acarreta o comprometimento da discricionariedade conferida ao administrador. É sabido que a discricionariedade de um ato não implica a sua desvinculação da lei, sobretudo porque não será discricionário em sua plenitude. A margem de escolha se dará com relação ao mérito administrativo, a partir dos critérios de conveniência e oportunidade que visem ao interesse público. Entende-se, portanto, que o mérito administrativo é - ou deveria ser -intangível ao Judiciário, pois se relaciona à autonomia da Administração Pública.

José Afonso da Silva discorre acerca dessa prática de intromissão do Judiciário na seara administrativa, denominando o fenômeno de *judiciarismo*:

Chamamos judiciarismo o movimento ou a prática que conduz o Judiciário a intrometer-se nas atividades da Administração Pública, a título de verificar a ocorrência de improbidade. Preocupa, contudo, a possibilidade real de o Judiciário se imbuir da função de guarda da moralidade pública e, a pretexto de exercê-la, avançar ao fundo do mérito, da oportunidade e conveniência de atividades da Administração Pública. No âmbito municipal isso já vem acontecendo de modo preocupante. Não se trata aqui da velha questão do governo dos juízes, mas de uma forma de controle de ações governamentais, que, por ir além da razoabilidade a que

⁴³ Mencione-se que, para alguns autores, a tipicidade aplicada ao âmbito administrativo seria diversa da tipicidade aplicada à seara penal – nessa linha, Maria Sylvia Di Pietro defende que a tipicidade administrativa difere da do âmbito penal, encarando que a Administração seria inteiramente livre para enquadrar faltas funcionais em diferentes categorias (Direito Administrativo, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 633).

se há de ater a jurisdição, terá forte conteúdo político a entrar a atuação do governante⁴⁴.

Seguramente, o número de exemplos da intromissão do Judiciário na esfera administrativa é abundante e não raro o desproporcionado ajuizamento de ações de improbidade se dá sob o manto da proteção dos princípios inerentes à Administração Pública, justamente pela abrangência do art. 11 da Lei.

Um caso que bem ilustra a intromissão no mérito administrativo foi o de ajuizamento de ação de improbidade administrativa em face de Prefeito que manteve duas escolas municipais em funcionamento com poucos alunos – quatro alunos em cada. O Ministério Público aduziu a violação aos princípios da eficiência, moralidade e economicidade, além de que o requerido estaria dilapidando o patrimônio público ao manter ambas escolas abertas, arguindo, portanto, a violação aos arts. 10, I, e 11, *caput*, da Lei 8.429/92.

A sentença declarou a prática de ato de improbidade administrativa. Em sede de apelação, contudo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pela inocorrência de ato ímprobo, apontando que “ a opção do então Prefeito Municipal, ora apelante, no exercício do poder discricionário, pela manutenção das escolas municipais teladas não se reveste de ilegalidade, razão pela qual é vedado ao Poder Judiciário questionar tal escolha”. O Ministério Público ainda interpôs recursos ao STJ, não tendo logrado êxito⁴⁵.

Outro caso semelhante, ocorrido na municipalidade de Maquiné – RS, tratou do ajuizamento de ação de improbidade com fulcro na violação ao art. 11 em face de Prefeito local que colocou à disposição de alunos da rede pública estadual ônibus do Município. Tal conduta se deu após um grupo de alunos do segundo grau da rede escolar estadual requererem ao então Prefeito a prestação do transporte escolar no período da noite, visto que este, até então, inexistia. Nos autos, colacionou-se depoimento testemunhal segundo o qual um

⁴⁴ SILVA, José Afonso Da. Perspectivas das formas políticas. Perspectivas do Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 147.

⁴⁵ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DE ESCOLAS MUNICIPAIS SITUADAS EM ÁREAS RURAIS, MESMO DIANTE DA REALIDADE DE HAVER POUCOS ALUNOS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, MEDIANTE ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA E ATENTO AO DIREITO À EDUCAÇÃO, AFASTA A MÁ-FÉ NO AGIR DO AGENTE PÚBLICO, CONCLUINDO QUE A DECISÃO ESTÁ DENTRO DO CAMPO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI N. 8.429/1992 E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE E DA ECONOMICIDADE. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento e no qual se discute a aplicação da Súmula n. 7 do STJ. 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu, mediante análise fático-probatória, que a conduta do prefeito, consistente em manter pequenas escolas municipais em áreas rurais, não se caracterizaria como ato de improbidade administrativa, pois, diante do dever constitucional e legal de o Município oferecer educação à população, a decisão sobre a continuidade ou o encerramento das atividades educacionais prestadas pelas escolas municipais estaria no campo da discricionariedade administrativa. [...]. E o Tribunal de Justiça gaúcho, mediante essa análise complexa, chegou à conclusão de que não estava caracterizado o ato de improbidade. Assim, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1319558/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 13/05/2011)

estudante afirmou que talvez não tivesse se formado, não fosse a conduta do Prefeito. Além disso, demonstrou-se que o empréstimo da condução não gerou prejuízos ao Município. A ação foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela ausência de conduta dolosa e de enriquecimento ilícito por parte do Prefeito⁴⁶.

Por certo há muitos outros casos envolvendo o ajuizamento de ação de improbidade administrativa com base no art. 11 que denotam meras irregularidades. O Ministro Gilmar Mendes⁴⁷ expressa que o número tão elevado de ações de improbidade em primeira instância se deve basicamente a dois fatores, quais sejam: i) tipos extremamente vagos e abertos da Lei de Improbidade Administrativa; e ii) motivação “muitas vezes política, em seu pior sentido, para o ajuizamento de tais ações”. No presente estudo, trataremos do primeiro aspecto com enfoque no *caput* do art. 11 da LIA.

A Lei 8.429/92 emprega com certa frequência fórmulas jurídicas abertas com vias a coibir atos ímprobos. Entretanto, deve-se frisar que nem toda utilização de uma fórmula jurídica aberta acarreta uma violação à tipicidade. Ainda assim, devemos considerar que a tipologia da Lei é tão ampla que se torna quase impossível que o agente público tenha real noção dos limites da licitude de sua atuação, sujeitando-se às rigorosas penas da lei, sem que, muitas vezes, o ato seja efetivamente ímprobo.

Nesse aspecto, Everardo da Cunha Luna bem observa que o maior perigo ao princípio da legalidade, atualmente, é justamente o uso de tipos abertos no ordenamento, pois mantém-se – pelo menos aparentemente – a reserva legal, e a lei, “em vez de falar, concede a palavra para quem dela quiser, ou melhor, puder fazer uso⁴⁸”.

O caso do art. 11⁴⁹, em especial, enseja diversos entendimentos pela doutrina. Inicialmente, salta aos olhos a utilização deste tipo como soldado reserva, isto é, a

⁴⁶ AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO. REMUNERAÇÃO PELO TRANSPORTE ESCOLAR DE ALUNOS MATRICULADOS NA REDE ESTADUAL. FALTA DE DOLO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. AUSÊNCIA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. Conquanto ilegal a exigência de contribuição pecuniária para custear o transporte escolar de alunos matriculados na rede estadual de ensino do Município, tal prática não constitui ato de improbidade administrativa, ausentes (I) prova da conduta dolosa dos agentes públicos e (II) enriquecimento ilícito. É que nem todo ato administrativo ilegal configura ato de improbidade administrativa. O ato de improbidade administrativa, na modalidade de violação a princípio que rege a Administração Pública, exige a prova do dolo do agente. Art. 11 da Lei nº 8.429/92. Hipótese em que (I) restou comprovado que o pagamento pelo transporte escolar se destinava a remunerar o motorista, e (II) o serviço foi devidamente prestado. Ação rejeitada. (Prefeito - Improbidade Nº 70007310121, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30/03/2004).

⁴⁷ Ainda no âmbito da Reclamação 4.8101/RJ, *verbis*: “Por fim, quero registrar que não impressionam eventuais objeções baseadas nos números espetaculares de ações de improbidade ajuizadas em primeira instância. A proliferação de tais ações possui razões óbvias. Em primeiro lugar, decorre dos tipos extremamente abertos e vagos da Lei nº 8.429, o que tem permitido a impugnação de todo e qualquer ato administrativo.”

⁴⁸ LUNA, Everardo da Cunha. Capítulos de Direito Penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985.

⁴⁹ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente (...)”

partir do art. 11, as condutas que não se enquadrarem nos arts. 9º e 10 podem facilmente encontrar guarida na lei.

Para além dos princípios englobados pelo art. 11 – lealdade às instituições, honestidade, legalidade e imparcialidade -, a violação a outros princípios da Administração Pública também atrairia o enquadramento do art. 11, por força do art. 37, *caput*, e § 4º, da Constituição Federal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Cabe esclarecer que não se pretende criticar o destaque dado aos princípios, sendo, de fato, fundamental a sua observância como norteadores da atividade pública. Não obstante, não poderá ser enquadrada como ato de improbidade **qualquer** ação ou omissão que viole os princípios ou a legalidade.

À vista disso, o grande risco ocasionado pela redação do art. 11 é o de que meras irregularidades originem ações de improbidade – afinal, quais as reais fronteiras da violação a cada um dos princípios aplicáveis à Administração Pública?

Cumprе rememorar, aliás, que há uma série de condutas transgressoras de princípios que estão enraizadas no sistema brasileiro. O magistrado que julga rapidamente um caso por algum motivo de ordem pessoal estaria violando a honestidade e a imparcialidade a ponto de ensejar o ajuizamento de uma ação de improbidade? E quanto à facilidade no atendimento ao público quando o advogado da parte é renomado? Sem dúvidas, as possibilidades de condutas que poderiam ser entendidas como violadoras a princípios são tantas que jamais poderiam ser aqui esgotadas.

Consoante o exposto, Waldo Fazzio Junior retrata a inconveniência de se encarar o art. 11 à risca:

Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pelo despacho intelectual e pela ausência da habilidade do Prefeito, se examinadas à luz do legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contêm tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais do Chefe do Executivo municipal podem

promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo de ímprobo⁵⁰.

Portanto, não se assevera razoável perceber a improbidade administrativa exclusivamente como violação aos princípios, pois estes contêm em si variadas interpretações e um imenso número de alternativas que dependem exclusivamente da compreensão do intérprete. Como assevera Medina Osório, “é evidente que não se pode imputar ato de improbidade a alguém em face da pura e simples violação de princípios, não obstante a dicção do art. 11 da LGIA⁵¹”. Este autor sugere que a compreensão do famigerado art. 11 deve conter requisitos complementares, de caráter democrático, sistêmico e jurídico. Por essa linha, uma violação à lealdade institucional, por exemplo, não necessariamente acarretará na prática de um ato ímprobo.

O que se quer demonstrar neste estudo é que o descumprimento de preceitos secundários, menos gravosos, não configura improbidade administrativa, cabendo a outras vias de controle a sua apuração. Sendo assim, a partir da gradação da gravidade de condutas, deve-se encarar a Lei de Improbidade Administrativa como *ultima ratio*, incidindo antes outros mecanismos de controle.

Para Medina Osório, para que se chegue à categoria de improbidade administrativa, o ato passa por uma relação gradual, devendo violar, primeiramente, a legalidade, depois, a moralidade, e, ainda após, a lealdade institucional. Assim, toda improbidade será expressão conjunta de ilegalidade, imoralidade e deslealdade institucional⁵².

Nesse sentido, é imprescindível que seja realizada uma análise minuciosa da conduta do requerido, uma vez que, mesmo que não se conclua pela prática de ato ímprobo, pode haver o controle de um ato ilegal – que não seja ímprobo – por outras esferas. Com efeito, antes de se enveredar pelo campo sensível da improbidade, é interessante que se atenha ao fato de que ilegalidade e improbidade não são sinônimas e que, em decorrência disso, não devam acarretar as mesmas consequências jurídicas.

A doutrina apresenta diferentes sugestões de aplicação para driblar o caráter vago do art. 11. Mauro Roberto Gomes de Mattos expõe que a violação isolada aos princípios não poderia configurar a improbidade sem uma análise pormenorizada e razoável, sugerindo

⁵⁰ FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa e crimes de prefeitos, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 179.

⁵¹ OSÓRIO, op. cit., 2013, p. 137.

⁵² Ibid., p. 120.

que a aplicação do *caput* do art. 11 seja dada apenas quando haja relação correspondente com as condutas previstas nos seus incisos⁵³.

De fato, a vagueza semântica dos tipos da Lei de Improbidade Administrativa possibilita que atos administrativos ilegais, sem má-fé expressa, ou sem prejuízo material ao erário, sejam eivados à categoria de ímprobos. Conforme Mauro Roberto Gomes de Mattos explica, “a Lei 8.429/92 permitiu ao intérprete uma utilização ampla e irrestrita da ação de improbidade administrativa, gerando grandes equívocos⁵⁴”.

Paulo Eduardo Bueno entende que o *caput* seria apenas uma “declaração de intenção, com caráter exclusivamente pedagógico, sendo inviável sua aplicação isolada com o fundamento para a imposição de qualquer penalidade⁵⁵”. Assim, para este autor, o *caput* isoladamente não poderia representar um tipo legal a ensejar punições.

Para Medina Osório, é absurda a ideia de que princípios pudessem integrar a tipicidade da Lei de Improbidade Administrativa sem referência a uma prévia intermediação legislativa. Desse modo, para esse autor, é necessário que haja uma violação concomitante às normas setoriais, não podendo haver improbidade por meio da violação direta das normas da própria Lei 8.429/92. Por este raciocínio, faz-se necessária a violação a normas subjacentes, decorrendo que a violação a qualquer dos princípios do art. 11, isoladamente, revela um ilícito administrativo, e não necessariamente improbidade administrativa⁵⁶.

Com efeito, haja vista o caráter excessivamente abrangente do seu tipo, o art. 11 deve ser encarado com elevada cautela, visto que uma interpretação menos atenciosa pode, a depender do caso, rotular como ímprobos atos que sejam meramente irregulares. Assim, nos dizeres de Nobre Júnior, “será bastante perigoso, para não dizer desastroso, que uma figura jurídica que possua idoneidade para acarretar severas sanções possa ter o seu tipo definido ao mero talante de ilimitada retórica interpretativa⁵⁷”.

⁵³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa – Comentários à Lei nº 8.429/92*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 368.

⁵⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8429/92*. 2ª. Ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 2.

⁵⁵ BUENO, Paulo Eduardo. Improbidade Administrativa no exercício da atividade policial, in *Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei 8.429/92*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 403.

⁵⁶ OSÓRIO, op. cit., 2013, p. 275.

⁵⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, n. 235, p. 250.

2.2. A tipicidade do art. 11 e a violação à segurança jurídica

O Direito é um instrumento de segurança por excelência, viabilizando a vida social e assegurando aos cidadãos previsibilidade acerca de seus direitos e deveres. Nos dizeres de Geraldo Ataliba, “seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão”⁵⁸.

Humberto Ávila, lembrando Radbruch, afirma que, apesar de a ideia central do Direito ser a justiça, a segurança jurídica, a segurança do Direito e a conformidade a fins também fazem parte do seu núcleo⁵⁹. A disposição da segurança jurídica como elemento inerente ao Direito também é enfatizada por Luhmann, que entende que “o cidadão precisa, de um lado, escolher e, de outro, assumir riscos de se frustrar, funcionando o Direito [...] como um instrumento redutor da complexidade e da contingência por meio da garantia de expectativas comuns a todos os cidadãos”⁶⁰.

Humberto Ávila arremata o conceito de segurança jurídica como a norma princípio que exige dos três poderes comportamentos que contribuam para um estado de confiabilidade e calculabilidade no Direito, visando ao benefício dos cidadãos,

com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro⁶¹.

A título de esclarecimento, segundo o autor, cognoscibilidade compreende um estado de coisas que permite aos cidadãos a compreensão material e intelectual “de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade”. Já a confiabilidade representa um estado de coisas no qual há o respeito aos direitos fundamentais, por intermédio da estabilidade jurídica e da irretroatividade do ordenamento. Por fim, a calculabilidade denota

um estado de coisas em que os cidadãos têm, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis,

⁵⁸ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 180-181.

⁵⁹ RADBRUCH, Gustav. Rechtsphilosophie. Studienausgabe, 2ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2003 (1932), p. 73, apud ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 126.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. Vertrauen - Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4ª ed., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000, p. 27, apud ÁVILA, ibid., p. 127.

⁶¹ ÁVILA, op. cit., p. 268.

heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios e alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontestados, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada, por meio da anterioridade e da continuidade das modificações e da força vinculante das suas normas, gerais e individuais⁶².

Pois bem. É cediço que tipicidade e segurança jurídica são princípios profundamente interligados no sistema jurídico, de modo que a violação à tipicidade acarreta, reflexamente, a violação à segurança jurídica. Dessa forma, quanto às fórmulas abertas do *caput* do art. 11, ao mesmo tempo em que violam a tipicidade, violam, também a segurança jurídica.

Logicamente, a segurança jurídica também guarda profunda relação com o princípio da legalidade⁶³. Nesse sentido, assevera-se que o fenômeno da inflação legislativa compromete a segurança jurídica, acarretando a instabilidade jurídica e, não raro, a desconsideração de garantias.

Impõe-se que o legislador disponha sobre os ilícitos de maneira clara e específica ao prever sanções – principalmente quando se diz respeito àquelas mais gravosas -, visto que a utilização de tipos excessivamente amplos compromete a segurança jurídica e demais princípios que atuam como limitadores de um poder desmesurado.

O Tribunal Constitucional Espanhol, em memorável julgado, asseverou que a segurança jurídica seria uma soma de certeza, legalidade, hierarquia, publicidade normativa, irretroatividade da lei mais severa e interdição da arbitrariedade⁶⁴. Já para Luís Roberto Barroso, a segurança jurídica designa um somatório de: i) existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, sujeitos ao princípio da legalidade; ii) confiança nos atos do poder público que deverão ser regidos pela boa-fé e razoabilidade; iii) estabilidade das relações jurídicas; iv) previsibilidade dos comportamentos, tanto dos seguidos, quanto dos suportados; e v) igualdade na lei e perante a lei⁶⁵.

Por certo, deve-se ater ao fato de que a existência de lei não denota, necessariamente, segurança jurídica. Isso pois, como visto, há uma série de atributos que, presentes, trarão ao cidadão a confiabilidade no sistema. Nesse aspecto, especialmente

⁶² Ibid., p. 269.

⁶³ Inclusive, no que toca à legalidade, interessante recordar que se trata de princípio que historicamente ganhou força como contraponto às arbitrariedades do poder estatal, visando a uma nova ordem em que apenas as leis poderiam prever delitos e respectivas penas, não mais podendo o magistrado aplicar pena não prevista em lei.

⁶⁴ Tribunal Constitucional Espanhol. *Sentencia* 27, de 20.07.1981.

Disponível em <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_027_1981.pdf>. Acesso em 15 out. 2015.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 50.

relevante é a necessidade da clareza do texto normativo, por ser imprescindível que os cidadãos estejam a par do conteúdo da lei sem a necessidade de esforços excessivos de interpretação.

Essa noção, cabe esclarecer, comporta o caráter de determinação e certeza do Direito, o que significa afirmar que o Direito estaria “pronto, preexistente às decisões judiciais”⁶⁶. Aliás, a necessidade de delimitação dos tipos, além de conferir segurança jurídica ao ordenamento, também corresponde à noção de taxatividade exposta no tópico anterior.

No que tange ao sentido de eficácia futura da segurança jurídica, importa que o sujeito possa antecipar as consequências jurídicas de sua conduta (ou da conduta alheia), garantindo “o direito de o particular, com exatidão, conhecer, hoje, o Direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado”⁶⁷.

Vale mencionar que, para que se tenha segurança jurídica no ordenamento, é fundamental que se disponha de uma boa técnica normativa, pois daí não serão necessários excessivos esforços de fixação de um ou outro entendimento após a publicação da lei⁶⁸. O autor espanhol Fernando Sainz Moreno dispõe que a qualidade das normas se manifesta em sua clareza semântica, enfatizando que a precisão dos conceitos jurídicos deve ser especialmente rigorosa naqueles de tipificação de delitos ou infrações administrativas⁶⁹.

Ocorre que a utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados na esfera punitiva cria, na maior parte das vezes, um ambiente de grande incerteza e imprevisibilidade, capaz de interferir na esfera individual do indivíduo, o qual não poderá saber qual conduta poderá acarretar-lhe o enquadramento típico. Com efeito, defende-se que, quando a lei for excessivamente aberta, não determinando com precisão a tipologia, deve haver uma restrição e delimitação normativa ou jurisprudencial de sua abrangência, conferindo ao administrado o seu direito de conhecer o que é de fato proibido. Não é despidendo afirmar que o próprio direito de defesa é comprometido quando não se tem o domínio dos limites do conteúdo proibitivo legal.

⁶⁶ ÁVILA, op. cit., p. 122.

⁶⁷ Ibid., p. 125.

⁶⁸ Especificamente quanto à Lei de Improbidade Administrativa, a jurisprudência tem desempenhado relevante papel quanto à fixação de alguns entendimentos, haja vista os aspectos controvertidos desse texto legal.

⁶⁹ SÁINZ MORENO, Fernando. Problemas actuales de técnica normativa. Anuario Jurídico de La Rioja No 1, 1995, p. 62. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/261742.pdf>> Acesso em 10 out. 2015.

Novamente citando o Tribunal Constitucional Espanhol, interessa colacionar julgado em que se consolidou a necessidade de que as normas sancionadoras “han de ser no sólo *lex scripta* y *lex praevia* sino también *lex stricta* y *lex certa* [...], esta última exigencia [...] impone al legislador ‘el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos’⁷⁰”

Com relação à tipologia dos atos de improbidade administrativa da Lei 8.429/92, e tendo em vista o seu nítido caráter punitivo⁷¹, com suas sanções bastante gravosas, resulta também em manifesta violação da segurança jurídica a consideração de que **qualquer** violação aos princípios da legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições seja um ato ímprobo.

Marcelo Figueiredo elabora que “tanto a indeterminação de conteúdo de uma conduta delituosa, a definição legal demasiadamente “aberta”, como a simples remessa da definição legal a regras morais, todos são fenômenos violadores do princípio da segurança jurídica e friccionam o princípio da reserva legal”⁷².

Isso porque, *a priori*, trata-se de redação normativa que busca tipificar atos através de termos assaz abrangentes que ficarão a cargo do juízo interpretativo subjetivo de membros do Ministério Público e do Judiciário. De fato, causa perplexidade a utilização do pronome indefinido *qualquer*, pois, de acordo com o texto legal, é possível que qualquer decisão que vá de encontro a um dispositivo legal venha a ser enquadrada em ato de improbidade. Nobre Júnior denota essa incongruência, exemplificando que a “denegação de um direito subjetivo, como um benefício previdenciário, a menor incapaz ou idoso, qualificar-se-ia, em tese como ato de improbidade. [...] Do mesmo modo, o lançamento tributário indevido, ou a denegação de uma vantagem funcional⁷³”.

Para além da utilização do pronome indefinido *qualquer* na tipificação de um ato de improbidade, difícil tarefa é a de lidar com a abrangência conceitual presente nas noções de honestidade, imparcialidade, e lealdade às instituições – assim como aos demais princípios aplicáveis ao art. 11. O que se dizer de condutas comuns na *praxe* administrativa, como um servidor público que leva para casa caneta da repartição, ou que se utiliza do

⁷⁰ Tribunal Constitucional Espanhol, Pleno, Sentencia 53/1994, de 24.02. 1994 (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1994). Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=19196>> Acesso em 16 nov. 2015.

⁷¹ Trataremos do caráter punitivo da lei com maior profundidade no próximo tópico deste capítulo.

⁷² FIGUEIREDO, Marcelo. O controle da moralidade na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32-33.

⁷³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: uma leitura do art. 11 da lei 8.429/92 à luz do princípio da segurança jurídica. Direito Federal, v. 93, 2013, p. 216.

telefone da Administração Pública para ligação pessoal? Tais condutas configuram violação aos princípios da moralidade e lealdade às instituições a ponto de ensejar condenação por improbidade administrativa?

De fato, unicamente pela redação legal, é possível o enquadramento de condutas pouco gravosas na lei de improbidade, razão pela qual, inclusive, o ajuizamento de ações de improbidade tem comportado diferentes graus de violação a princípios, dada a sua vasta abrangência, resultando no que Nobre Júnior⁷⁴ denomina de *reino da improbidade*.

Assim, o autor faz alusão ao denunciismo exagerado de atos “ímprobos” que, somado à admissão generalizada de atos de improbidade sem parâmetros precisos, compromete a própria função administrativa, de modo “que a grande maioria das condutas dos administradores [e aqui me refiro aos probos] seria sancionada pelo color de sua reprovabilidade, inibindo a dinâmica que deve pautar a função administrativa.”

Dessa forma, a necessidade de preservação da segurança jurídica assume importância ímpar no ordenamento, sobretudo quando se refere ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa - lei predominantemente punitiva, com a previsão de graves sanções ao agente público e/ou terceiro. Um olhar acerca da jurisprudência permite observar que, no que tange ao art. 11, é dificultosa a previsibilidade acerca dos comportamentos que poderão ser entendidos como ímprobos por parte do Ministério Público quando do ajuizamento de ação de improbidade.

Portanto, tendo como exemplo os julgados apresentados no tópico anterior⁷⁵, indaga-se qual seria a previsibilidade de que a conduta do Prefeito em manter duas escolas públicas em funcionamento no município pudesse ser interpretada pelo *Parquet* como ato de improbidade administrativa. Da mesma forma, questiona-se como o empréstimo de condução municipal a alunos de rede estadual seria conduta tão gravosa a acarretar o ajuizamento de uma ação de improbidade.

Com efeito, cumpre esclarecer, novamente, que se defende a necessidade de coibir condutas que não estejam de acordo com os princípios da Administração. Entretanto, tal repressão não justifica um poder punitivo que suprima direitos e garantias fundamentais,

⁷⁴ *Ibid.*, p. 217.

⁷⁵ *Op. cit.*, (AgRg no Ag 1319558/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 13/05/2011) e (Improbidade Nº 70007310121, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30/03/2004).

cabendo ao aplicador aliar o direito punitivo estatal para com os demais valores e princípios do nosso sistema jurídico.

A seguir, serão abordadas as similitudes guardadas entre a Lei de Improbidade e o Direito Penal, destacando-se o seu caráter punitivo e a necessidade de maior cautela quanto à sua aplicação.

2.3. Similaridades da Lei de Improbidade Administrativa com o Direito Penal

A Lei n. 8.429/92 não é, a rigor, uma lei penal. A despeito disso, em função da natureza de suas sanções e de outras semelhanças, sustenta-se aqui que se encontra em uma zona cinzenta, a meio-caminho⁷⁶, entre o Direito Administrativo e o Direito Penal⁷⁷. Embora não apresente em seu rol de sanções a pena privativa de liberdade, o que a remeteria à seara penal, a Lei de Improbidade Administrativa possui sanções restritivas de direitos bastante gravosas, como a suspensão dos direitos políticos ou a perda de bens. Medina Osório comenta que é possível, inclusive, “que uma sanção administrativa cause maior “dor” e “sofrimento” ao infrator do que uma sanção penal, ou mesmo maior gravame a direitos fundamentais”⁷⁸.

As semelhanças existentes entre a Lei 8.429/92 e a esfera penal somadas à falta de um substrato teórico forte no Direito Administrativo Sancionador ensejam a busca por princípios advindos da teoria geral do direito e do direito punitivo. Insta notar que a natureza jurídica da ilicitude é uma só – tanto a sanção administrativa, quanto a sanção penal compõem o direito punitivo. Nelson Hungria, com maestria, inicia seu artigo *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal* ensinando que:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas “sobre um mesmo plano, sobre um só mapamundi”. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. [...]

Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, **é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal**. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que, pena seja, de um lado, o mal infligido por lei como conseqüência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, e.g., a multa administrativa e a multa de direito penal. Dir-se-á que só esta é conversível em prisão; mas isto representa maior gravidade, não diversidade de fundo. E se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada

⁷⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). Improbidade administrativa questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 292.

⁷⁸ OSÓRIO, op. cit., 2011, p. 148.

impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser penas, com o mesmo caráter de contragolpe do ilícito à semelhança das penas criminais [...] a única diferença é puramente quantitativa (de maior ou menor intensidade)⁷⁹.

No mesmo sentido, Heraldo Garcia Vitta reconhece que as sanções penais e administrativas são ontologicamente iguais, diferindo apenas quanto à gravidade⁸⁰. Daí porque podemos afirmar que se aplicam à Lei de Improbidade Administrativa os preceitos do Direito Punitivo, bem como aqueles oriundos da teoria geral do direito.

Sobre a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, o Ministro Teori Zavascki defende a sua singularidade em razão do enfoque de aplicação de penalidades, tratando-se, segundo ele, de

ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória⁸¹.

Isso porque o principal ponto de referência da ação de improbidade não seria o de preservar ou reparar o patrimônio público, mas sim o de **punir** os responsáveis por atos ímprobos. Para isso, remete à própria ementa da Lei 8.429/92, segundo a qual esta “*dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*”. Assim, afirma-se que se destina a aplicar penalidades mais que a tutelar direitos.

Uma vez entendida a natureza repressiva da ação de Improbidade Administrativa, é possível inferir, também, que a maioria das sanções previstas na lei são eminentemente punitivas⁸², pois seu enfoque primordial não é o de restaurar o estado jurídico anterior à lesão, mas sim o de

punir o infrator, aplicando-lhe um castigo. Realça-se, nelas, o elemento aflitivo, do qual decorre, entre outras consequências, a força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta ilícita, seja pelo apenado, seja por outros membros da sociedade. Tais sanções compõem o *ius puniendi* do Estado.

Ressalta-se que, embora a figura mais evidente das sanções punitivas seja a repressão a ilícitos penais, também se enquadram nesse tipo de sanção os ilícitos

⁷⁹ HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo, seleção histórica. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 17.

⁸⁰ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67.

⁸¹ Voto proferido no âmbito do Recurso Especial n. 827.445/SP (STJ - REsp: 827445 SP 2006/0058922-3, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/02/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2010), p. 159.

⁸² O autor explica que as sanções podem ser agrupadas em dois grandes grupos: i) reparatórias ou civis; e ii) repressivas ou punitivas.

administrativos e disciplinares. A partir disso, é válido notar que as sanções punitivas, dentre elas as presentes na Lei 8.429/92,

sujeitam-se, entre outros, aos princípios da legalidade, da tipicidade, da individualização da pena, da presunção de inocência, o que traz significativos reflexos no plano do processo. As condutas típicas são, em regra, dolosas. As culposas constituem exceção e, como tais, supõem lei que expressamente as admita. A responsabilidade objetiva não é compatível com essa espécie de sanção⁸³.

No que toca às sanções da Lei de Improbidade, o art. 12 dispõe as seguintes:

i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ii) ressarcimento integral do dano, quando houver; iii) perda da função pública; iv) suspensão dos direitos políticos; v) pagamento de multa civil; e vi) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Nesse íterim, importa salientar que a perda de bens (i), a multa (v) e a suspensão dos direitos políticos (iv) também encontram previsão na seara penal. A primeira encontra respaldo no art. 5º, XLVI da CF e nos arts. 43, II, e 91, II⁸⁴, do Código Penal, a segunda, no art. 5º, XLVI, e nos arts. 32, III, e 49 do Código Penal, e a terceira é consequência legal da condenação criminal transitada em julgado⁸⁵.

A sanção de ressarcimento do dano (ii) não se encaixa na categoria de sanção punitiva, visto a sua natureza reparatória. Entretanto, também está prevista no Código Penal como um dos efeitos da condenação, *vide* o art. 91, I, do Código Penal “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

A sanção de perda da função pública (iii) também aparece na esfera penal como efeito da condenação, caso do art. 92, I, *verbis*:

São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Como visto, das seis sanções previstas pela Lei de Improbidade, apenas uma não possui previsão no Código Penal: a de proibição de contratar com o poder público – caso deveras específico. Para Zavascki, na mesma linha exposta acima por Nelson Hungria, não haveria diferença substancial entre a perda de função pública decorrente de ilícito penal ou de

⁸³ ZAVASCKI, Teori. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 3ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 113.

⁸⁴ Como um dos efeitos do crime, *verbis* “Art. 91 - São efeitos da condenação: II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

⁸⁵ CF. Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, **cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:** [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; [...] V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

ilícito administrativo⁸⁶. Evidentemente, isso não significa que as sanções da LIA sejam penais, mas os pontos de identidade darão respaldo ao entendimento de unidade de um *ius puniendi*.

Nesse diapasão, não se demonstra consentâneo com os direitos individuais que se confirmam amplas garantias ao acusado apenas na seara penal, podendo a sanção administrativa ser, em algumas ocasiões, mais gravosa. Em função disso, justifica-se a necessidade de que alguns princípios sejam comuns ao campo punitivo, conforme disposto por Zavascki:

Realmente, não parece lógico, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa humana, que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa pecuniária e se lhe neguem garantias semelhantes quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão de direitos políticos.

Por isso, embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida de que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do non bis in idem, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa⁸⁷.

Sob o mesmo entendimento, Marcelo Harger, no artigo *A utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da lei de improbidade*, propugna que os princípios penais deverão ser aplicados à lei de improbidade, com base na unidade de um *ius puniendi*, citando, no mínimo, os seguintes: da tipicidade ou taxatividade da norma incriminadora, da aplicação da lei mais favorável, da proteção dos bens jurídicos, da culpabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena, da insignificância, do *in dubio pro reo* e do *non bis in idem*.

Para além disso, outro ponto de identidade se dá com relação à ação de improbidade e o direito processual penal, haja vista a presença da fase de admissibilidade nos §§ do art. 17 da Lei. Objetivando conferir maior clareza às semelhanças, segue tabela elaborada com os artigos correspondentes entre a Lei 8.429/92 e o Código de Processo Penal quanto aos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

⁸⁶ Apenas com relação às consequências dos efeitos da condenação criminal, como a perda primariedade. Fora isso, e excetuada a pena privativa de liberdade “qualquer outra das sanções previstas no art. 5º, XLVI, CF, pode ser cominada tanto a infrações penais, quanto a infrações administrativas, como ocorreu na Lei 8.429/92.” (ZAVASCKI, op. cit., p. 97.)

⁸⁷ ZAVASCKI, op. cit., p. 115.

Lei 8.429/92	Código de Processo Penal
<p>Art. 17 § 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.</p>	<p>Art. 513. [...] a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.</p>
<p>§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.</p>	<p>Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.</p> <p>Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.</p>
<p>§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.</p>	<p>Art. 516. O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.</p>
<p>§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.</p>	<p>Art. 517. Recebida a denúncia ou a queixa, será o acusado citado, na forma</p>

	estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I.
--	--

Como visto, o legislador inspirou-se no Código de Processo Penal para adequar a lei de improbidade à sua finalidade predominantemente punitiva. As mudanças existentes se dão mais com relação à nomenclatura – manifestação / resposta preliminar; inicial / denúncia ou queixa; requerido / acusado –, posto que o conteúdo é basicamente o mesmo.

Por fim, um último aspecto relevante a ser aqui referido como ponto coincidente entre a ação penal e a de improbidade é o próprio estigma gerado ao acusado. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seminário realizado em 21 de agosto de 2014, sobre Improbidade Administrativa⁸⁸, chamou atenção para o fato de que a sociedade por vezes entende o ato de improbidade como crime, não raro referindo-se à figura mítica do *crime de improbidade*⁸⁹.

Assim, nota-se que, já na fase preliminar, o requerido enfrenta um grave estigma social, como se culpado de um crime fosse. Isso ganha abrangência ainda maior pois, como visto, em boa parte das vezes, o ajuizamento de ações de improbidade – sejam estas infundadas ou não – vem acompanhado de exposição midiática que já reporta como condenado quem esteja no polo passivo de uma ação de improbidade. Com efeito, nos dizeres de Marcelo Harger, “a absolvição, que somente irá ocorrer tempos depois, jamais servirá para reparar o dano causado a essas pessoas, que foram marcadas com a pecha de desonestas antes

⁸⁸ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Palestra apresentada no Seminário *Improbidade Administrativa e Desafios para a Gestão do Estado Brasileiro*, realizado pelo Conselho da Justiça Federal, em 21 ago. 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=95Oiv8IRm5Q&index=3&list=PLGzdArAcnL-hwXPY-vO6BqAr4n1WixAQW>> Acesso em: 02 out. 2015.

⁸⁹ A título demonstrativo, foi realizada busca *online* de notícias que a partir da expressão *crime de improbidade administrativa*. <https://www.google.com.br/search?q=crime+de+improbidade&aq=chrome..69i57j0l5.3469j0j4&sourceid=chrome&es_sm=122&ie=UTF-8#tbm=nws&q=%22crime+de+improbidade+administrativa%22>. Acesso em 08.10.2015. Com o retorno de aproximadamente 521 resultados, colacionam-se aqui alguns exemplos. Notícia veiculada pelo portal G1 em 29.09.2015 dispôs que “O juiz Rubens Soares Sá Viana Junior decretou nesta terça-feira (29) o afastamento do prefeito [...] **pela acusação de pelo crime de improbidade administrativa**. [...] a decisão do juiz da 2ª Vara da Comarca de Guapimirim é em caráter liminar, e foi tomada em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual. <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/justica-do-rj-afasta-prefeito-de-guapimirim-acusado-de-improbidade.html>>. Notícia publicada no sítio do Estado de Minas, traz como nota explicativa que “O parlamentar foi enquadrado por **crime de improbidade administrativa**.”, <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/10/06/interna_politica,695468/ex-deputado-federal-mineiro-isaias-silvestre-psb-e-condenado-por-p.shtml>. Outra, publicada em 12.09.2015, afirma que “o caso [...] para que seja investigado se houve ou não o **crime de improbidade administrativa**”, <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/09/servidor-e-presosuspeito-de-usar-ilegalmente-caminhao-da-prefeitura.html>>. Igualmente, “Os dois respondem pelo **crime de improbidade administrativa** em ação ajuizada pelo Ministério Público”, veiculada em 10.09.2015, disponível em <<http://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2015/09/prefeito-de-teresopolis-rj-e-afastado-do-cargo-pela-segunda-vez.html>>. E, por fim, “para tratar da ação movida pelo MP contra outras 13 pessoas pelo **crime de improbidade administrativa**”, em <<http://www.tribunadabahia.com.br/2015/09/12/oposicao-pressiona-acm-neto-sobre-caso-pauperio>>.

mesmo de terem sido julgadas⁹⁰”, enfatizando, assim, que se condena primeiro para julgar depois.

Destarte, é de suma importância que se desfaça a mentalidade de que todas as sanções penais serão sempre mais severas quando comparadas às sanções de improbidade administrativa. Nesse passo, defende-se que à improbidade administrativa sejam conferidas as garantias comuns ao direito punitivo, lógica que é reforçada diante dos múltiplos aspectos comuns entre ambas categorias.

⁹⁰ HARGER, Marcelo. Improbidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

3. OS RUMOS ESPERADOS PARA O FUTURO: PROPOSTAS DE AJUSTE

Ao longo deste trabalho, mencionou-se a necessidade de fixação dos requisitos de enquadramento no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a fim de que referido dispositivo não se prestasse a excessos, e não punisse condutas de pouca gravidade. Nesse sentido, tem-se o dolo como um dos principais requisitos da conduta do art. 11, o que, atualmente já se encontra consolidado pela jurisprudência do STJ.

Neste capítulo, tratar-se-á do entendimento da figura do dolo genérico pelo STJ e as respectivas consequências jurídicas daí advindas. A seguir, será discorrido sobre as sugestões de aplicação do art. 11, e dos requisitos para a sua configuração.

3.1. A jurisprudência do STJ: O inconveniente da utilização do requisito do dolo genérico junto ao art. 11

A polêmica em torno do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa acarretou a necessidade de assentamento jurisprudencial acerca de alguns entendimentos. Como já mencionado, firmou-se a necessidade do elemento subjetivo para a conformação do ato de improbidade administrativa. Insta esclarecer que, como veremos, o STJ entende já ser suficiente o dolo genérico para que se configure a conduta do art. 11.

Objetivando esclarecer a compreensão do STJ, convém discorrer acerca do que vem a ser dolo genérico. Primeiramente, a figura do dolo desponta como o conhecimento do tipo (elemento cognitivo) e a vontade consciente de praticar conduta que a ele se amolde (elemento volitivo). No que tange ao dolo eventual, refere-se à assunção de risco da produção de resultado pelo agente, mesmo que este não queira diretamente a realização do tipo, mas a aceite como possível ou provável⁹¹. Quanto à diferença entre dolo genérico e específico, Damásio de Jesus aponta que o primeiro consiste na vontade de realizar o fato descrito na norma incriminadora, enquanto que o segundo seria a vontade de praticar o fato e de produzir um fim específico⁹².

Cabe salientar que o dolo nem sempre foi visto como requisito essencial de enquadramento da conduta no art. 11 da Lei. Embora não mais entenda dessa forma, a Segunda Turma da Primeira Seção do STJ já dispensou a presença do dolo para a apuração do

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 1º vol. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 320.

⁹² JESUS, Damásio. Direito Penal. 1º vol. 19ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 250.

ato ímprobo, como no Recurso Especial 880.662/MG, julgado em 15 de fevereiro de 2007⁹³, em que se considerou, à unanimidade, que

A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma. (Grifou-se)⁹⁴.

O Relator, Ministro Castro Meira, enfatizou no voto que “a ação também havia sido proposta com base no art. 11 da Lei de Improbidade (violação aos princípios que regem a administração pública), dispositivo cuja incidência não exige elemento subjetivo ou comprovação de dano material”.

Enquanto isso, a Primeira Turma possuía compreensão diametralmente oposta, como se nota do voto do Ministro Luiz Fux, junto ao REsp 734.984/SP, dispondo que

a razão de existir da Lei de Improbidade Administrativa é coibir a prática de atos lesivos contra a Administração Pública perpetrados por administradores públicos desonestos, e não aqueles que tenham sido praticados por administradores inábeis, sem a comprovação de má-fé⁹⁵. (Grifou-se).

Nessa mesma linha, acórdão de 01.07.2009⁹⁶, cuja ementa vale a transcrição, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS ESPECIAIS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PESSOAL SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DOLO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. RECURSOS PROVIDOS. 1. "A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão intencionalmente violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, tal como definido por lei" (Marçal Justen Filho in Curso de Direito Administrativo, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 828). 2. Para que se configure a improbidade, devem estar presentes os seguintes elementos: o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e o atentado contra os princípios fundamentais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). 3. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei 8.429/92. 4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias afastaram a existência de dolo, bem como de prejuízo ao erário, razão por que não há falar em ocorrência de ato de improbidade administrativa. 5. Recursos especiais providos. (Grifou-se).

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 880.662/MG. Rel. Ministro Castro Meira. Julgado em 15 fev. 2007. DJ 1º mar. 2007, p. 255.

⁹⁴ Da mesma forma: REsp 826.678/GO (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 23.10.06), REsp 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21.5.2008 e REsp 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 23.9.2008.)

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp 734.984/SP, rel. Ministro José Delgado, rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, DJe 16 jun.2008.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp 654721/MT. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 23 jun. 2009, DJe 1º jul. 2009.

Interessante observar que o entendimento da Segunda Turma acerca da exigência do dolo para a caracterização da ofensa ao art. 11 passou a acompanhar o da Primeira Turma a partir do Recurso Especial 765.212/AC⁹⁷. No caso, o Relator, Ministro Herman Benjamin, retificou seu entendimento após voto-vista do Ministro Mauro Campbell, tendo exposto seu juízo anterior e o seu reposicionamento acerca da questão, nos seguintes termos:

Após o voto-vista do Min. Mauro Campbell, no sentido de que a comprovação do dolo é essencial para a configuração dos atos de improbidade tratados no art. 11 da Lei 8.429/1992, pedi vista regimental para adentrar a fundo essa questão. [...]

Embora continue acreditando ser tecnicamente válida e mais correta a linha de argumentação acima exposta e defendida, tenho para mim que, no terreno pragmático, a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. [...]

Assim posta a questão, passo a me filiar à jurisprudência predominante na Primeira Turma, que exige a presença de dolo para a caracterização de ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade.

Em função da importância do caso, também a Ministra Eliana Calmon solicitou vista dos autos, relatando que

Assim, após refletir sobre os posicionamentos apresentados nos judiciosos votos até então proferidos, filio-me à tese inaugurada pelo Ministro Mauro Campbell, e posteriormente aderida pelo Ministro Relator, no sentido de que é necessária a configuração de dolo *lato sensu*, que, consoante explica no seu voto, é o dolo "direto - resultado querido e aderente à ação - ou eventual - risco de produção do resultado.

O entendimento da Primeira Seção se consolidou com o Recurso Especial 951.389/SC, julgado em 09.06.2010, também de relatoria do Ministro Herman Benjamin, no qual se fixou que, para caracterização dos atos previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, basta a configuração de dolo *lato sensu* ou genérico. Para além disso, também se consignou que “desnecessária a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário”⁹⁸.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Tuma. REsp 765.212/AC. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 02 mar. 2010, DJe 23 jun. 2010.

⁹⁸ ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.

[...] 2. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.

3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário. [...]

9. Como os réus foram condenados somente com base no art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, é ilegal a transmissão da multa para os sucessores do de cujus, mesmo nos limites da herança, por violação ao art. 8º do mesmo estatuto.

10. Recurso Especial parcialmente provido [...]

(REsp 951.389/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011).

Como visto, atualmente o STJ encara como suficiente a mera presença do dolo genérico, o que, a depender da interpretação, mitiga a figura do dolo propriamente dito. Márcio Cammarosano bem explicita que

O dolo genérico [...] blindaria o julgador do dever de motivar sua decisão a partir do contexto fático. Isto é, “no terreno pragmático”, significaria suficiente o descumprimento patente da lei para constatar a improbidade. Em outras palavras, a mera violação à norma, em relação a qual não se pode alegar desconhecimento, atestaria a conduta ímproba⁹⁹.

Em razão da maior facilidade em se comprovar o dolo genérico, em comparação ao dolo específico, é possível que decisões sejam proferidas sem a devida motivação e demonstração do componente subjetivo, com a presunção de que a figura do dolo já se encontre automaticamente presente na conduta. Nesse aspecto, cumpre colacionar voto do Ministro Felix Fischer, no qual é ressaltada a figura da motivação mascarada:

Não obstante a clareza desses comandos jurídicos, o que se vê, rotineiramente, são atos e decisões administrativas mascaradas de motivação, na medida em que se limitam a indicar o fato e o dispositivo legal, sem elucidar por que esse fato (motivo) justifica o ato perante o Direito vigente, ou, ainda, apresenta-se um conceito jurídico indeterminado sem a devida correspondência com os motivos (fatos)¹⁰⁰.

Dessa forma, é possível verificar casos em que o tema foi tratado de maneira diversa pelas Turmas, sob o manto da consideração do dolo genérico. No caso supracitado, REsp 765.212/AC¹⁰¹, de 2010, o Relator afirmou que, ante **a contratação de servidor sem concurso público**, “temos que o dolo está configurado se for manifesta a vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, pois é inequívoca a obrigatoriedade do certame (art. 37, II, da Constituição da República). **É dolo in re ipsa**”(Grifou-se).

Por esse raciocínio, o ato de improbidade já é presumido a partir da violação à legalidade, a despeito da não demonstração do dolo propriamente dito. Trata-se de compreensão temerária por subtrair as garantias legais do acusado, sem mencionar que a desnecessidade de explicitação do dolo pode recair em responsabilidade objetiva, o que representaria retrocesso ao nosso sistema jurídico.

⁹⁹ CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11 e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC, v. 2, n. 5, p. 137-149, fev. 2014, p. 139.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RMS 19210/RS. Rel. Ministro Felix Fischer. Julgado em 14 mar. 2005, DJ 10 abr. 2006, p. 235.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 765.212/AC. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 02 mar. 2010, DJe 23 jun. 2010.

Já a Primeira Turma, também em 2010, deu provimento ao Recurso Especial 909.446/RN, considerando que houve desproporção na aplicação das sanções, principalmente por não ter sido demonstrada a má-fé do agente público pela contratação de servidores sem concurso público.

O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, in casu, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: "Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau **por ato de improbidade, em razão da contratação de servidores sem a realização de concurso público.** Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (..)

Deveras, in casu, a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, **máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente.**¹⁰² (grifou-se).

Um risco acarretado pela utilização do dolo genérico junto ao art. 11, o qual, em tese, não requer prejuízo ao erário, é justamente o de aproximar em demasiado ilegalidade e improbidade. Este o elogiável posicionamento do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em recente julgado da Primeira Turma¹⁰³, para quem "A ideia de que não se requer lesão nas condutas do art. 11 da Lei 8.429/92, e se requer apenas o dolo genérico, encaminha os juízos para identificar as ilegalidades com as improbidades". Ademais, reitera que o dolo deve estar presente na conduta, e não no resultado, pois, caso contrário, toda conduta será dolosa:

Caso entenda-se que o dolo está no resultado, pode-se dizer que todo resultado lesivo será automaticamente doloso; no entanto, certo é que o dolo está na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente, sendo isso que deve ser demonstrado e que não foi no caso em apreço. [...]O resultado pode ser lesivo e, na verdade, o resultado é sempre lesivo; no entanto, se formos identificar a conduta dolosa pelo resultado, sempre haverá o dolo, porque o resultado é sempre pernicioso, indesejável, ruim, maligno; se assim fosse, sempre haveria o dolo, pelo resultado prejudicial. O dolo, certamente, está na conduta do agente e não no resultado, pois, evidentemente, pode haver um resultado nocivo, sem dolo no agir de quem o produz; no caso em apreço, sequer houve um resultado prejudicial.

No mesmo caso, acertadamente se considerou que a mera explicitação, por parte do *Parquet*, de que houve má-fé na conduta não implica em comprovação do elemento

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 909.446/RN. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 22 abr. 2010.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AgRg no REsp 968.447/PR. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16 abr. 2015, DJe 18/05/2015.

subjetivo. Para o Ministro Relator, todos os atos de improbidade devem conter elementos seguros que apontam para a existência de ato ímprobo, quais sejam: i) tipicidade; ii) lesividade; iii) antijuridicidade; e iv) culpabilidade, esta sempre a título de dolo. Aliás, vale transcrever a sua crítica acerca do caráter aberto do *caput*, que por vezes acarreta o desapareço dos direitos individuais.

De mais a mais, os posicionamentos que aceitam a tipificação de condutas puníveis por meio das chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados estão com os seus dias contados, pois não se pode juridicamente justificar a sua consistência, diante da força dos direitos fundamentais das pessoas, que terminarão prevalecendo sobre essas visões pragmáticas ou nutridas nas matrizes do interesse administrativo imediato ou direto, sem dúvida legítimo, mas deixando em segundo plano as garantias da jurisdição.

Compartilha-se do posicionamento minoritário do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, para quem a lesividade é elemento imprescindível ao ato ímprobo do art. 11, apesar de dispositivo contrário – art. 21, I, da Lei 8.429/92. Em caso de ausência de lesividade do resultado da conduta, entende-se ser possível a punição por outras searas. Nesse sentido:

Ausente que seja o efeito lesivo da conduta do agente, vale dizer, sem lesividade ao patrimônio público, não se conforma o ato de improbidade administrativa ou, em outras palavras, se não estiver presente lesão ao patrimônio público, por certo que de ato de improbidade administrativa não se irá realmente cogitar, sem embargo de que se possa estar diante de uma infração civil significativa ou de um ilícito administrativo punível ou até mesmo de um crime, mas não com a sanção própria do ato de improbidade.

É bem verdade, porém, que o art. 21, I da Lei 8.429/92 dispõe que as sanções previstas nesta Lei independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, mas se esse dispositivo for tomado ao pé-da-letra se verá que a sanção de improbidade poderia ter aplicação ao agente que praticasse um ato simplesmente ilegal, desprovido de efeito prejudicante, ou seja, se puniria alguém pelo simples exercício do direito de punir.

Assim, continua, afirmando que a improbidade que causa lesão ao erário não poderá ser equiparada à mera ilegalidade¹⁰⁴ (que não acarrete dano ao patrimônio), podendo conduzir ao “ilogismo jurídico de se dizer igualmente graves – ou graves em idêntica medida – atos ímprobos que provocam e que não provocam lesão ao patrimônio público”.

Por se tratar de dispositivo extremamente abrangente, é assente a grande dificuldade de identificação do dolo no caso do art. 11, o que é capaz de ensejar o ajuizamento de ação de improbidade e/ou a aplicação de sanção de improbidade à mera ilegalidade. Nesse

¹⁰⁴ Veja-se que não se pretende utilizar as nomenclaturas “mera ilegalidade”, “ato apenas ilegal” e “mera irregularidade” como se fosse desimportante o seu controle pelo ordenamento. Ao contrário, visto que tais irregularidades devem ser combatidas por intermédio dos controles da Administração Pública – apenas não acarretando a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

sentido, preocupante que a jurisprudência considere o dolo genérico apenas pela consciência da ilicitude, pois, como mencionado, deve este conter a consciência da ilicitude aliada à vontade do agente, nos termos seguintes:

Não há, portanto, em se falar que o dolo genérico se perfaz com a presença apenas da consciência da ilicitude, como se vem admitindo, no que toca ao art. 11, por violação ao princípio da legalidade, haja vista que sua configuração depende tanto da consciência, como da vontade do agente, dispensando tão somente a intenção específica.

O fato de a jurisprudência entender que a simples consciência da ilicitude já constitui o elemento subjetivo da conduta corrobora com a confusão ilegalidade/improbidade. Assim, como principal crítica à utilização do requisito do dolo genérico tem-se justamente a possibilidade de exacerbação das consequências jurídicas de um ato apenas ilegal.

Quanto a isso, vale lembrar que a natureza da Lei é predominantemente punitiva, tendo sido editada com a finalidade de combater a corrupção - conforme demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho -, e não a irregularidade ou ilegalidade. Em função disso, uma utilização insensata da Lei por certo acarreta a vulgarização do dispositivo legal, rompendo com o seu intento de combate à corrupção, isto é, de combate às condutas graves.

Portanto, assevera-se ser imprescindível a demonstração do dolo pelo julgador, a partir da motivação adequada da decisão e da demonstração de que o agente visou, de fato, realizar ato censurado pela norma. Reitere-se que a voluntariedade de um comportamento (causa) não garante que tenha havido voluntariedade em obtenção do resultado (efeito)¹⁰⁵. Sendo assim, a violação à norma não poderá, por si, acarretar o dolo presumido, de modo que a ausência de demonstração do dolo deverá implicar, então, na inocorrência de ato ímprobo.

3.2. Sugestões de aplicação do art. 11 e fixação de seus requisitos

Ante a abrangência do art. 11, com as violações à tipicidade e à segurança jurídica aqui anteriormente expostas, cumpre finalizar este trabalho através da abordagem de duas sugestões de aplicação desse dispositivo, bem como da fixação de seus requisitos, que, se respeitados, acarretarão uma diminuição da vulgarização deste artigo da Lei.

¹⁰⁵ CAMMAROSANO, op. cit., p. 149.

Com efeito, no que tange à amplitude do art. 11, revela-se que, para alguns, seria inconstitucional justamente em decorrência da afronta ao princípio da tipicidade¹⁰⁶. Aqui, entretanto, defende-se que é possível a utilização desse dispositivo com a devida cautela, necessitando apenas de algumas adaptações – frise-se que a interpretação da tipologia do art. 11 não deveria ser exaurida apenas com o *caput*, pois certamente acarretaria violação à tipicidade e à segurança jurídica.

Por esse caminho, algumas possibilidades se mostram possíveis quanto à interpretação do art. 11. Uma delas seria a desconsideração do *caput* como tipo legal, de maneira que a improbidade desse artigo só se daria com a violação dos seus incisos¹⁰⁷. Por essa linha, o *caput* apareceria como uma declaração de intenção, e apenas os incisos integrariam a tipologia do art. 11:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Outra possibilidade que desponta, já mencionada anteriormente neste trabalho, seria justamente a compreensão de que o enquadramento no art. 11 requer, além da violação a princípios, a desobediência a regras setoriais. Nesse aspecto, Osório atenta que a lesão grave aos princípios não impede a violação a regras subjacentes, razão pela qual a lesão deve abranger, a um só tempo, regras e princípios, reiterando que “ não se trata de uma lesão direta aos princípios, mas de uma lesão às regras que delimitam a função pública, com tal magnitude que, simultaneamente, essa violência às regras gere agressão aos princípios¹⁰⁸”. Trata-se de entendimento que poderia reduzir a insegurança jurídica do art. 11, uma vez que a amplitude dos conceitos indeterminados seria delimitada pela necessidade de violação simultânea a alguma regra.

¹⁰⁶ HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 187-211, jan./ mar. 2014.

¹⁰⁷ Esta é a posição de alguns autores, como Paulo Eduardo Bueno (op. cit., p. 403), Mauro Roberto Gomes de Mattos (op. cit., p. 369) e Edilson Pereira Nobre Júnior (op. cit., p. 219).

¹⁰⁸ OSÓRIO, op. cit., p. 276.

Dispostas as sugestões de aplicação, cumpre a fixação dos requisitos ao ato do art. 11, haja vista serem estes determinantes para que uma conduta seja entendida como ilegal ou ímproba. Inicialmente, deve-se elucidar que nem toda conduta que manifeste ação ou omissão violadora de princípios da Administração Pública será classificada como ato de improbidade. Nesse sentido, caso não haja o preenchimento dos requisitos do ato ímprobo do art. 11, entende-se que a conduta poderá configurar, por exemplo, infração disciplinar, infração administrativa, dentre outros. Evidentemente que, não se tratando de ato de improbidade, não será cabível a ação de improbidade administrativa. Com esse raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes, no âmbito da ADI 2.797/DF¹⁰⁹, dispôs que:

É evidente que caso se trate de mover ação de conteúdo meramente reparatório, não precisa o Ministério Público valer-se da ação de improbidade. Há uma pleora de procedimentos e providências previstos na ordem jurídica com essa finalidade. A própria Constituição outorga ao Ministério público a atribuição para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio-ambiente e outros interesses difusos coletivos' (art. 129, III). [...] O que parece absurdo é tentar estabelecer uma equação no sentido de que todo e qualquer ato ilegal imputável à administração pública implica um ato de improbidade de um agente público.

De outro lado, quando se der uma ação ou omissão violadora de princípios *com* o preenchimento dos requisitos inerentes ao art. 11, haverá ato ímprobo da Lei, a ser coibido por intermédio de uma ação de improbidade administrativa. Sendo assim, para que uma conduta seja lida como ímproba, devem estar presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: i) ação ou omissão violadora de princípios da Administração Pública; ii) comportamento desonesto do agente, dotado de má-fé, manifestado pelo cometimento de um ato ilegal¹¹⁰; iii) dolo do agente, efetivamente comprovado; e iv) gravidade da conduta.

Nessa linha, impõe-se que haja uma interpretação da Lei conforme a razoabilidade, tanto por parte do julgador, quanto por parte do *Parquet*. Aliás, confira-se julgado do STJ que bem esclareceu a imprescindível necessidade da razoabilidade quanto ao enquadramento de uma conduta na tipologia do art. 11, *verbis*:

É uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos penais da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais, quanto à necessidade de a improbidade colorir-se de atuar imoral com feição de corrupção de natureza econômica. [...]

Ademais, a aferição da improbidade nas hipóteses em que a conduta é inferida e não descrita, notadamente naquelas infrações contra os princípios da Administração

¹⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 2797/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJe de 19 dez. 06.

¹¹⁰ MATTOS, op. cit., 376.

Pública, impõe-se a análise do fato ao ângulo da razoabilidade, por isso que, não obstante a indeterminação do conceito, assentou-se em notável sede clássica, que se não se sabe o que é razoável, é certo o que não é razoável, o bizarro, o desproporcional¹¹¹.

Nesse aspecto, também o voto do Ministro Mauro Campbell, em que citou importante requisito ao enquadramento dos atos ímprobos do art. 11, qual seja, o do princípio da sensatez:

Se por negligência, imprudência ou imperícia, os administradores violam os deveres de legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições (que é, por exemplo, o substrato fático que autoriza a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92), por mais desaconselhável que isso seja, haverá irregularidade administrativa (e não improbidade), que também é uma infração, merecendo sanção por outras esferas de controle, tais como a de responsabilização fiscal, a dos processos administrativos disciplinares, a da fiscalização dos Tribunais de Contas e os demais mecanismos de controle interno da Administração Pública, sem embargos do não menos eficiente controle exercido pelos novéis Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. [...]

Não se trata de ser por demais permissivo, e sim de compreender o espírito das normas que resguardam a probidade administrativa. Nesse sentido, aproveito as lições de Juarez Freitas acerca dos arts. 9º e 11 da LIA: "[p]ara mim, para que haja improbidade administrativa, em qualquer uma das três espécies, há dois requisitos fundamentais. [...] O juiz precisa, simplesmente, de um princípio constitucional importantíssimo chamado 'princípio da sensatez'. [...] Então, o primeiro pressuposto é que, com bom senso, se examine o seguinte: há grave violação do senso médio superior de moralidade da comunidade? [...] É a primeira e mais grave pergunta para que haja uma improbidade administrativa, dada a gravidade das sanções em relação às três espécies. [...] E o segundo requisito, inequívoca intenção desonesta. [...] A mera irregularidade, a mera ilegalidade, para mim é insuficiente para condenar alguém por improbidade administrativa" (Ação civil pública – Improbidade administrativa, Boletim de Direito Administrativo n. 5, 2005, p. 543/544)¹¹².

Diante disso, a partir da fixação de critérios de conformação do ato do art. 11, será possível uma aplicação mais adequada da Lei de Improbidade, consoante os seus anseios fundamentais, quais sejam, os de combate a condutas efetivamente gravosas à Administração Pública. Bem se vê que a aplicação razoável e sensata do artigo não visa dar margem à impunidade, mas sim evitar a supressão de direitos e garantias individuais de quem tenha uma ação de improbidade administrativa indevidamente ajuizada contra si.

Por fim, resta necessário reiterar que a referida vulgarização do dispositivo, pelo *reino da improbidade* em que vivemos, deságua em malefícios para a coletividade, uma vez que a atuação inovadora do agente público é desestimulada em razão do risco de enfrentamento de uma ação de improbidade. Nesse aspecto, Adilson Dallari dispõe que

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 721.190/CE. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 13 dez. 2005. DJe 13 fev. 2006.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Tuma. REsp 765.212/AC. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 02 mar. 2010, DJe 23 jun. 2010.

Repugna a consciência jurídica aceitar que alguém possa ser constrangido a figurar como réu numa ação civil pública perfeitamente evitável. Configura abuso de poder a propositura de ação civil temerária, despropositada, não precedida de cuidados mínimos quanto à sua viabilidade. [...] A experiência prática tem revelado a ocorrência desagradavelmente frequente de ações civis públicas totalmente despropositadas, que poderiam ter sido perfeitamente evitadas se o promotor público tivesse tido a mais mínima e elementar das cautelas, que é simplesmente ouvir o suposto infrator¹¹³.

Esse ajuizamento desproporcional de ações de improbidade administrativa, em face de condutas apenas ilegais, provoca dois aspectos negativos, quais sejam: o inerente desgaste acarretado ao agente público, o qual, mesmo que seja inocente, já encontra sua vida pública devassada pelo enfrentamento de uma ação desse porte, e a penalização da sociedade como um todo, pois há um desincentivo a práticas inovadoras na Administração Pública. Assim, em função do elevado risco de um agente público figurar em uma ação de improbidade administrativa, há um desestímulo a que pessoas honestas trabalhem na Administração Pública. No final, quem perde é a sociedade.

¹¹³ DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública, In Improbidade Administrativa – Questões polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 38.

CONCLUSÃO

O Projeto de Lei que deu origem à Lei de Improbidade Administrativa teve a sua redação reformulada para abarcar, em sua tipologia, condutas que atentassem contra os princípios da Administração Pública. À época, tratou-se de dispositivo pouco questionado por traduzir bons fundamentos de combate à corrupção.

Mais de vinte anos após à publicação da Lei, muito ainda se discute sobre a sua aplicação, tipos e severidade de suas sanções. Em função da finalidade punitiva da Lei e de sua gravidade, com a possibilidade de acarretar graves penalidades ao agente público e a terceiro, tem-se a sua inserção no âmbito do direito punitivo estatal, com considerável proximidade com a esfera penal, como pudemos observar neste trabalho.

Isso posto, tem-se incoerente que se viabilizem garantias mais restritas àquele que figure em uma ação de improbidade administrativa, quando há uma unidade de *ius puniendi*, e quando, ao acusado da esfera penal são conferidas as mais amplas garantias, inclusive no caso de infração penal. Enquanto a ação de improbidade é muitas vezes conduzida a partir da presunção de culpabilidade do agente, a ação penal é regida pela presunção de inocência, sendo de suma importância a preservação dos direitos do acusado.

Daí, observa-se que a ausência de tipicidade adequada do art. 11 da Lei se dá justamente por se tratar de um dispositivo excessivamente abrangente, capaz de acarretar sanções bastante graves ao agente público, sem dispor claramente sobre a hipótese de incidência do tipo e ferindo a segurança jurídica. São sanções que, vale argumentar, dependerão de uma interpretação subjetiva do julgador, tendo em vista que a redação do art. 11 o leva a atuar praticamente como legislador.

Esse descompasso acarreta um elevado número de ações de improbidade ajuizadas sem a real observação dos requisitos de enquadramento no art. 11 da Lei. Vale mencionar: um sem número de ações de improbidade ajuizadas sem que se busque coibir um ato ímprobo em sua essência. Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que não se trata de um fenômeno novo no Direito Brasileiro, cunhando-se a expressão “*reino da improbidade*” do Desembargador Nobre Júnior como um retrato do que vem ocorrendo no Brasil.

Além dos malefícios acarretados à esfera pública, como o desestímulo a práticas inovadoras, o dito *reino da improbidade* sobrecarrega o Judiciário de ações que

denotam elevada gravidade da conduta, quando, de fato, muitas poderiam ter sido solucionadas administrativamente. Isso sem mencionar os danos de enfrentamento de uma ação de improbidade administrativa por parte de um agente probo que não praticou determinada conduta orientado por má-fé.

Diante da situação atual de corrupção no Brasil – que vem acontecendo há muitos e muitos anos, vale dizer – é imprescindível que nos lancemos contra a improbidade, contra o enriquecimento ilícito de agentes públicos, contra condutas que acarretem elevados prejuízos ao erário. Também contra condutas que firam os desígnios que norteiam a atividade pública, haja vista a indisponibilidade do interesse público. Não obstante, deve-se fazê-lo consoante os princípios, direitos e garantias presentes em nosso ordenamento, caso contrário, serão cometidas injustiças contra aqueles que figurem em uma ação de improbidade sem ter cometido ato essencialmente ímprobo. Deve-se evitar a impunidade, mas não às custas da supressão de valores fundamentais.

Dessa forma, elaborou-se a importância de demonstração do dolo na conduta, sem o qual não se pode arguir a improbidade do agente. De suma importância observar que a maneira com a qual se lida com o dispositivo em apreço deve ser de muita cautela, pois há o risco de que a não demonstração do dolo e a ausência de decisões verdadeiramente motivadas acarretem responsabilidade objetiva do agente. Sendo assim, buscou-se, neste trabalho, esclarecer os requisitos necessários ao art. 11 para se conferir segurança jurídica a uma tipologia essencialmente aberta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 1º vol. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em 10 set. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1446/1991**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC537C8FE99CBFE912C002C3F6AEB053.proposicoesWeb2?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em 20 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 2797/DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJe de 19 dez. 06.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **REsp nº 721.190/CE**. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 13 dez. 2005. DJe 13 fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **REsp 765.212/AC**. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 02 mar. 2010, DJe 23 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **REsp nº 909.446/RN**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 22 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **AgRg no REsp 968.447/PR**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16 abr. 2015, DJe 18/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **RMS 19210/RS**. Rel. Ministro Felix Fischer. Julgado em 14 mar. 2005, DJ 10 abr. 2006, p. 235.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **REsp 880.662/MG**. Rel. Ministro Castro Meira. Julgado em 15 fev. 2007. DJ 1º mar. 2007, p. 255.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. **REsp 734.984/SP**, rel. Ministro José Delgado, rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Dje 16 jun.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **REsp 654721/MT**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 23 jun. 2009, DJe 1º jul. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **AgRg no Ag 1319558/RS**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 10 mai. 2011, DJe 13/05/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Decisão no processo nº 70007310121**. Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30/03/2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BUENO, Paulo Eduardo. **Improbidade Administrativa no exercício da atividade policial, in Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei 8.429/92**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, 34ª Sessão da 2ª Seção Legislativa da 49ª Legislatura, 02 abr. 1992. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03ABR1992.pdf#page=65>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11 e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC, v. 2, n. 5, p. 137-149, fev. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. **Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública, In Improbidade Administrativa – Questões polêmicas e Atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e crimes de prefeitos**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. **Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação**. Revista de Direito Administrativo, v. 204, pp. 65-84. Disponível em <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/95.htm>>. Acesso em 22 out. 2015.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo**. La Ley. 1ª edición argentina. Buenos Aires, 2006.

HARGER, Marcelo. **Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 187-211, jan./ mar. 2014.

_____. **Improbidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, seleção histórica. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**. 1º vol. 19ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Palestra apresentada no Seminário *Improbidade Administrativa e Desafios para a Gestão do Estado Brasileiro*, realizado pelo Conselho da Justiça Federal, em 21 ago. 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=95Oiv8lRm5Q&index=3&list=PLGzdArAcnL-hwXPY-vO6BqAr4n1WixAQW>> Acesso em: 02 out. 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa – Comentários à Lei nº 8.429/92**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8429\92**. 2ª. Ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NETO, Eurico Bitencourt. **Improbidade Administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 111.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Improbidade administrativa: uma leitura do art. 11 da lei 8.429/92 à luz do princípio da segurança jurídica**. Direito Federal, v. 93, 2013.

_____. **Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, n. 235.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito Administrativo Sancionador.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html> Acesso em 03.out.2015.

SÁINZ MORENO, Fernando. **Problemas actuales de técnica normativa.** Anuario Jurídico de La Rioja No 1, 1995, p. 62. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/261742.pdf>> Acesso em 10 out. 2015.

SILVA, José Afonso Da. **Perspectivas das formas políticas.** Perspectivas do Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Tribunal Constitucional Espanhol. *Sentencia* 53/1994, de 24.02. 1994 (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1994). Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=19196>> Acesso em 16 nov. 2015.

Tribunal Constitucional Espanhol. *Sentencia* 27, de 20.07.1981. Disponível em <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_027_1981.pdf>. Acesso em 15 out. 2015.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.** 3ª ed., São Paulo: RT, 2008.