

**Flávio Rezende Dematté**

## **Tutela Jurídica da Proibição Administrativa e sua Tipificação Material**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.  
Orientador: Prof. MsC. Flávio Henrique Unes Pereira.

**Brasília – DF  
2010**

**Flávio Rezende Dematté**

## **Tutela Jurídica da Proibição Administrativa e sua Tipificação Material**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_, com menção\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

Para Hellen,  
Esposa amada,  
Companheira inseparável,  
Amiga fiel.

## AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Todo Poderoso, porque “nem o que planta é alguma coisa, nem o que rega, mas Deus, que dá o crescimento” (1 Coríntios 3: 7).

À minha querida esposa Hellen, que em todos os momentos sempre esteve ao meu lado: quando eu apenas sonhava em cursar esta pós-graduação, quando os compromissos acadêmicos (aulas e trabalhos) consumiam as nossas sextas-feiras e sábados e, sobretudo, quando demonstrou a mais sincera e pura cumplicidade ao me fornecer toda a paciência, compreensão e motivação que precisei por ocasião da redação deste trabalho.

Aos meus pais, Lídio e Lúcia, que desde os meus primeiros passos na vida estudantil sempre me ensinaram o valor inestimável do estudo constante.

À Controladoria-Geral da União, por ter financiado parcialmente este curso de especialização com recursos públicos, aos quais espero ter dado boa destinação.

Agradeço aos colegas da CGU, em especial à Stefanie, pelas sugestões e revisões deste trabalho.

Ao meu orientador professor Flávio Henrique Unes Pereira, mestre que possui o precioso talento de exercer uma docência que instiga os alunos a saírem do comodismo dos manuais e se lançarem em debates acadêmicos profícuos e apaixonados.

Às funcionárias da biblioteca do IDP, pela gentileza e eficiência no atendimento.

Aos amigos Alan, Jorge e Luís, co-fundadores da Confraria do Café, pelos momentos de conversas triviais, piadas descontraídas e cafezinhos expressos, ingredientes simples mas imprescindíveis para o cultivo de uma verdadeira amizade.

## RESUMO

A Administração Pública no Estado Constitucional de Direito é condicionada materialmente pelos elementos axiológicos que irradiam do direito fundamental à boa administração pública, dentre eles a probidade administrativa, que é considerada pela Constituição de 1988 um bem valioso para sociedade e que merece receber a devida tutela jurídica. De sorte que o próprio texto constitucional já prevê que os atos que a ofendam serão alvo de severa punição por meio do sistema jurídico, sendo a Lei nº 8.429/92 o principal instrumento legal empregado nesta função. Além disso, o reconhecimento constitucional da probidade administrativa como um bem jurídico conforma e direciona as suas variantes axiológicas a serem protegidas pela referida Lei, que as categorizou em três espécies: lealdade às instituições e imparcialidade no exercício das competências funcionais (art. 11), zelo na gestão do patrimônio público (art. 10) e honestidade funcional (art. 9º). Tal amplitude axiológica da probidade administrativa exige que o operador do direito verifique se o ato, após ser tipificado formalmente como ímprobo, também ostenta ofensividade efetiva e concreta para lesar ou por em perigo a probidade administrativa. Caso não comprovada a improbidade material do ato, a aplicação do princípio da insignificância no âmbito da esfera punitiva da improbidade administrativa se torna uma ferramenta normativa imprescindível.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Improbidade Administrativa. Repressão Normativa. Bem Jurídico. Variações Axiológicas. Tipicidade. Formal. Material. Princípio da Insignificância.

## ABSTRACT

The Public Administration in the Constitutional Law State is materially conditioned by axiological elements that radiate from the fundamental right to good public administration, among them administrative probity, which is considered by the 1988 Constitution as a valuable asset to society that deserve to receive proper legal protection. So that the constitutional text itself already provides that the acts that offend will be subject to severe punishment by the legal system, being Law 8.429/92 the main legal instrument used in this function. Moreover, the constitutional recognition of administrative probity as a legal asset conforms and directs its axiological variants to be protected by that law, which categorized into three species: loyalty to institutions and impartiality in the performance of functional skills (art. 11), zeal in the management of public assets (art. 10) and functional integrity (art. 9). This axiological breadth of administrative probity requires that the operator verifies if the act, after being formally typified as dishonesty, also boasts effective and factual offensiveness to harm or endanger the administrative probity. If not proven material misconduct of the act, the principle of bickering within the sphere of punitive administrative misconduct becomes an indispensable normative tool.

**KEYWORDS:** Constitution. Administrative Misconduct. Law Repression. Well Legal. Axiological Variations. Typicality. Formal. Material. Principle of Insignificance.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>9</b>
1.1 O paradigma do Estado Constitucional de Direito .....	9
1.2 A constitucionalização do Direito Administrativo .....	13
1.3 A Administração Pública regida por princípios constitucionais .....	16
<b>2 MARCO NORMATIVO DO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>20</b>
2.1 A pulverização da tutela da probidade administrativa no ordenamento jurídico .....	20
2.2 Antecessores jurídicos da Lei nº 8.429/92 .....	25
2.3 Matriz constitucional da improbidade administrativa (Art. 37, § 4º) .....	27
2.4 Matriz legal da improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) .....	29
2.4.1 Espécies de atos de improbidade administrativa .....	30
2.4.2 Sanções jurídicas aos atos de improbidade administrativa .....	35
<b>3 PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO BEM JURÍDICO .....</b>	<b>41</b>
3.1 Bem jurídico-penal e suas funções .....	41
3.2 Probidade administrativa e seu reconhecimento como bem constitucional ..	45
3.3 Variações da probidade administrativa tuteladas pela Lei nº 8.429/92 .....	48
3.3.1 Art. 9º: Honestidade no exercício da função pública .....	49
3.3.2 Art. 10: Zelo na gestão do patrimônio público .....	52
3.3.3 Art. 11: Lealdade às instituições e imparcialidade do agente público ...	56
3.4 Tipificação material do ato de improbidade administrativa .....	60
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

Em junho de 2010, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02/06/1992) atingirá a sua maioria no ordenamento jurídico brasileiro. Nestes dezoito anos de vigência, o referido diploma normativo conquistou o reconhecimento dos estudiosos e operadores do direito como principal instrumento normativo que integra o sistema jurídico de combate à corrupção no Brasil, fazendo jus às previsões constitucionais originárias da sua elaboração e do bem jurídico a ser precipuamente tutelado por meio dela: a probidade administrativa.

Concebida e promulgada durante um período em que a mais alta autoridade do país, o Presidente da República, estava sofrendo um processo de *impeachment* justamente por cometimento de atos contra a probidade administrativa, o qual culminou com a sua cassação, a Lei nº 8.429/92 não passou incólume aos ataques ideológicos, políticos e jurídicos desferidos por parte de grupos sociais (partidos, organizações, associações, entidades públicas etc.) que não tinham interesse na sua efetividade normativa e na sua permanência no sistema jurídico brasileiro<sup>1</sup>. Não obstante, a referida lei tem alcançado satisfatória eficácia social e jurídica, o que se deve, sobretudo, ao papel ativo do Ministério Público no manejo das ações civis públicas destinadas a dar operatividade àqueles preceitos legais anticorrupção.

Além disso, é importante destacar que a inserção constitucional dos atos de improbidade administrativa como uma chaga a ser duramente combatida pelo Direito foi feita no contexto de um modelo de Estado fundado numa Constituição Democrática permeada de direitos fundamentais e de princípio jurídicos, os quais são responsáveis pela direção e conformação axiológico-normativa de toda atividade estatal, em especial aquela desenvolvida pelos agentes públicos.

O trato normativo da tutela constitucional da probidade administrativa, na forma como foi construído no texto da Constituição de 1988, é inédito no constitucionalismo brasileiro e irradia os seus aspectos materiais e valorativos sobre os instrumentos infraconstitucionais positivados para complementá-lo e integrá-lo, o que é claramente observado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, dispositivos legais que dispõem sobre as espécies de atos de improbidade administrativa.

---

<sup>1</sup> Atualmente, há duas ADIs em curso no Supremo Tribunal Federal (ADI 2.182 e ADI 4.295) questionando a constitucionalidade da Lei nº 8.429/92.

É sobre este *locus* normativo, onde se estabelecem as relações axiológicas entre os bens jurídicos protegidos pelo art. 37, § 4º da Constituição de 1988 e pelos referidos artigos da Lei de Improbidade Administrativa, que se direciona o foco investigativo do presente trabalho, que se concentrará principalmente em analisar como a adequada identificação dos bens jurídicos que gravitam em torno da probidade administrativa constitucional pode ser fundamental para uma correta tipificação dos atos ímprobos a partir da Lei nº 8.429/92.

Tendo em vista o alcance desse objetivo, o estudo que ora se apresenta foi estruturado em três capítulos, desenvolvidos em uma sequência que revela como se deu a invasão benigna da probidade administrativa no paradigma contemporâneo de Estado e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro atual.

O capítulo 1 inicia-se com um breve histórico da evolução do constitucionalismo a partir das revoluções liberais do final do século XVII, movimento este que culmina na inauguração do modelo estatal constitucional na segunda metade do século XX e na sua consagração no final desse mesmo século. Além disso, será evidenciado como o direito administrativo brasileiro sofreu interferências conformativas advindas do sistema constitucional promulgado em 1988 e, por fim, o balizamento principiológico da Administração Pública estruturado pela Constituição atual.

Ao capítulo 2 foi reservado um estudo expositivo do marco normativo brasileiro organizado para reprimir a improbidade administrativa, ocasião em que se demonstrará como a tutela da probidade administrativa impregna e é acolhida por vários ramos do direito pátrio, detendo-se com mais afinco nos contornos constitucionais e legais (Lei nº 8.429/92) estabelecidos para protegê-la, em especial as espécies de atos de improbidade administrativa e os instrumentos sancionadores concebidos para reprimi-los.

Por fim, no capítulo 3 a atenção se volta para o objeto principal desta pesquisa científica: a identificação específica do conteúdo do bem jurídico “probidade administrativa”, bem como de suas variantes axiológicas categorizadas na Lei nº 8.429/92. Esta categorização do referido bem será crucial para se compreender de maneira apropriada o processo de tipificação formal e material da improbidade administrativa e para se avaliar a viabilidade jurídica de uma eventual aplicação do princípio da insignificância no âmbito do sistema punitivo dos atos ímprobos.



# 1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Passada uma década desde o início do novo milênio, o constitucionalismo marcado pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais e pela normatividade dos princípios jurídicos está consolidado como a mais influente ideologia jurídica da era contemporânea (ou pós-moderna), pois não há Estado ou sociedade na atualidade que não sejam conformados e harmonizados política e juridicamente por influxos normativos oriundos de uma Constituição, seja ela escrita ou não. Sendo a Administração Pública uma das principais formas de manifestação funcional e institucional do ente estatal, a sua adequada modelagem constitucional compõe um dos pilares sobre os quais está assentado o paradigma de Estado hoje estabelecido.

## 1.1 O paradigma do Estado Constitucional de Direito

A segunda metade do século XX testemunhou um importante evento jurídico-político que ainda projeta os seus efeitos pelo século XXI adentro, acontecimento este que foi responsável por uma verdadeira transformação paradigmática do modelo de Estado: a supremacia da Constituição.

Embora o ideal constitucionalista básico de limitação do poder e da dominação tenha as suas raízes nas cidades-estado gregas e na Roma republicana (BARROSO, 2009, p. 7), foi somente com a falência do poder estatal absolutista e com a ascensão do liberalismo ao posto de ideologia predominante no mundo ocidental que o referido ideal constitucionalista agregou como seu co-elemento a preeminência da lei (*rule of the law*) e galgou o *status* de pedra angular de qualquer Estado que viesse a ser fundado, ainda que prescindindo de uma constituição escrita, como se observou – e ainda se observa – na experiência inglesa.

Sergio Leal dos Santos (2008, p.61) aduz que o processo de expansão do ideário liberal foi difuso e lento, tendo iniciado no final do século XVII, com a Revolução Gloriosa, e terminado no início do século XX, com a Revolução Russa.

No entanto, os dois eventos ocorridos neste íterim que foram subsidiados de forma mais intensa pelo pensamento liberal – sobretudo pelas premissas teóricas estabelecidas por Rousseau – foram a Revolução Americana (1775-1788) e a Revolução Francesa (1787-1799).

Os principais legados deixados para o constitucionalismo por tais movimentos revolucionários desencadeados nos Estados Unidos da América e na França foram a ideia de constituição escrita, a consagração do modelo de separação das funções integrantes do poder estatal (*checks and balances*) e a declaração de direitos fundamentais inerentes à natureza humana<sup>2</sup>, os três alicerces para a concepção do homem como indivíduo portador de direitos naturais universais e como única fonte e destino do legítimo poder político (soberania popular), poder este que deveria ser exercido pelo Estado sob o pálio do lema revolucionário “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Todo esse cenário inaugurou um modelo estatal que preponderou até o final da Segunda Guerra Mundial: o Estado Legislativo de Direito. A sua marca indelével foi a primazia da lei elaborada pelos representantes escolhidos pela soberania popular, único ato legítimo capaz de impor restrições aos homens, à sociedade e ao Estado. De modo que tudo e todos se subordinavam – inclusive a própria Constituição – ao princípio da legalidade. A Administração Pública somente poderia atuar de acordo com a forma predeterminada pela lei, os cidadãos tinham suas autonomias preservadas na medida em que não houvesse uma lei que proibisse ou impusesse determinada conduta e aos juízes não era dada a mínima liberdade interpretativa na solução dos conflitos a ele submetidos, devendo tão-somente aplicar a lei ao caso concreto de uma forma rigorosamente silogística por meio da subsunção, tudo isto em razão de uma suposta completude do ordenamento jurídico e de uma sacralização da forma legal.

Gustavo Zagrebelsky (2008, p. 31) assim retrata o papel e a preponderância da lei nesse modelo de Estado:

A expressão jurídica desta hegemonia era a lei, a qual, em consequência, se reconhecia superioridade frente a todos os demais atos jurídicos e também frente aos documentos constitucionais de então.

(...)

Assim, pois, as leis, ao ocupar a posição mais alta, não tinham acima

---

2 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elaborada e aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, previu expressamente em seu artigo 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

nenhuma regra jurídica que servisse para estabelecer limites, para por ordem. E isto não era mesmo necessário. Juridicamente a lei podia tudo, porque estava materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo. Nele se encontravam as razões dos limites e da ordem, sem necessidade de prever nenhuma outra medida jurídica para assegurá-los.

(...)

Neste panorama, o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava por si mesma as condições da unidade da legislação. Sua coerência vinha assegurada fundamentalmente pela coerência da força política que a expressava, sem necessidade de instrumentos constitucionais *ad hoc*. (tradução nossa)

O dogma da validade inquestionável do direito posto pela autoridade competente legitimada pela sociedade, independente da justiça ou do conteúdo que permeava a lei imposta (*auctoritas, non veritas facit legem*), foi a bandeira hasteada pelo positivismo jurídico e que, levado ao extremo pelos governos nacional-socialista alemão e fascista italiano, serviu de mote para as atrocidades promovidas contra a humanidade durante a Segunda Guerra Mundial, as quais revelaram ao mundo a urgência de se garantir o livre “ir e vir” da pluralidade que marca a sociedade contemporânea.

(...) o direito moderno é positivo, cogente e estruturado individualisticamente. Ele resulta de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, tendo como alvo a garantia de liberdades subjetivas. De acordo com uma interpretação liberal, a autodeterminação democrática dos cidadãos somente se realiza através do *medium* desse direito, que assegura estruturalmente as liberdades, porém de tal que sorte que a ideia de uma “dominação das leis” (*rule of law*), que se concretiza historicamente na ideia dos direitos humanos e da soberania popular, passa a ser vista como uma *segunda* fonte de legitimação. (HABERMAS, 2003, p. 153)

O momento histórico do pós-guerra – que abarca o período de redemocratização pelo qual passaram vários países da América Latina a partir da última quadra do século XX – exigiu que o Estado de Direito fosse erigido sob um novo paradigma estatal, no qual a legalidade deixasse de ser um instrumento de legitimação/validação meramente formal de qualquer lei que viesse a ser aprovada, de modo que uma aferição material e axiológica do conteúdo destas leis se tornou imprescindível. É em decorrência dessa demanda que se passou a atribuir aos preceitos constitucionais força normativa. As disposições das Constituições, que até então desempenhavam o papel de meros documentos declaratórios de valores e diretrizes para a sociedade e para o Poder Público, adquirem, agora, o *status* e a imperatividade de autênticas normas jurídicas e condicionam formal e materialmente todo o ordenamento jurídico e toda a atuação estatal. Inaugura-se, assim, o

paradigma do Estado Constitucional de Direito, que tem a Constituição como “ordem geral objetiva do complexo de relações da vida” (HESSE, 1991, p. 18) e a subordinação e adequação da lei ao princípio da constitucionalidade.

No Estado Constitucional de Direito, o ordenamento jurídico é, por um lado, externamente envolto pelo manto das normas constitucionais, de modo a somente se tolerar o ingresso nele daqueles atos jurídicos que passem pela filtragem constitucional, e, por outro lado, internamente impregnado pela principiologia e axiologia que emanam da supremacia da Constituição.

Riccardo Guastini (2001, p. 155-164) aponta sete condições para identificar se um ordenamento jurídico encontra-se realmente transformado e conformado pelas normas constitucionais. A primeira delas seria uma Constituição rígida, no sentido de ser escrita, de não poder ser alterada pela legislação ordinária e, se possível, possuir um núcleo de princípios imutáveis. A segunda condição é a garantia jurisdicional da Constituição, ou seja, o emprego de um modelo de controle de constitucionalidade dos atos normativos. O terceiro requisito a ser cumprido é que a Constituição seja dotada de força vinculante normativa e que tal ideia seja difundida na cultura jurídica da sociedade. A quarta condição está diretamente ligada a anterior e consiste na importância de os operadores do direito fazerem uma “sobreinterpretação” da Constituição, isto é, extraírem, ao máximo possível, do texto constitucional normas que sirvam para regular os aspectos da vida política e social. Como quinto requisito, exige-se que ocorra a aplicação direta das normas constitucionais, inclusive nas relações entre particulares. A penúltima condição é que as leis sejam interpretadas conforme a Constituição, de forma a harmonizar os preceitos legais aos constitucionais por ocasião dos processos interpretativos. Por fim, prescreve-se que as normas da Constituição exerçam influência sobre as relações políticas.

A ascensão formal e material da Constituição ao topo do sistema jurídico e a sua posição central no Direito como fonte de irradiação normativa, transformou-a, segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 86), “no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”, sobretudo em razão do sistema de direitos fundamentais contemplado nas Constituições, autêntica pauta axiológica a ser, no mínimo, observada em qualquer aplicação/interpretação jurídica. Esta é a característica mais distintiva de um profuso conjunto de posicionamentos teórico-jurídicos conhecido atualmente como *neoconstitucionalismo*, que, além da referida

eficácia irradiante das normas constitucionais, professa a relevância efetivamente normativa dos princípios jurídicos incrustados na Constituição, o que demandará a substituição da subsunção pela ponderação como instrumento preponderante na atividade interpretativa/aplicativa do direito e, conseqüentemente, um Poder Judiciário mais ativo e responsável no desempenho da sua função de aplicação das normas jurídicas.

Uma das formas como se dá essa “invasão” constitucional nos demais subsistemas jurídicos é através da corriqueira – e por vezes até exagerada – inserção, no texto da Constituição, de matérias tipicamente afeitas à regulamentação por meio de legislações infraconstitucionais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 manifestou de forma muito evidente em seu texto este fenômeno jurídico contemporâneo, haja vista que todos os principais ramos do Direito brasileiro tiveram algum aspecto tratado pela Carta Constitucional, sendo que no tocante ao direito administrativo é possível observar uma extensa gama de dispositivos constitucionais – muitos com nítida feição principiológica – balizando a estrutura e a atuação da Administração Pública como um todo.

## **1.2 A constitucionalização do Direito Administrativo**

Em razão dos efeitos decorrentes da supremacia da Constituição no Estado Constitucional de Direito, o conceito de Direito Administrativo forçosamente necessita sofrer modificações – e não somente adaptações – que permitam capacitá-lo como instrumento legítimo de reverberação da normatividade constitucional, sobretudo aquela que precisa ser estruturada a partir dos direitos fundamentais, que, no contexto do movimento neoconstitucionalista, são concebidos como “a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico” (VALE, 2009, p. 26).

De sorte que conceitos de Direito Administrativo estritamente focados na consecução dos fins da Administração Pública (DI PIETRO, 2008, p. 47), na realização concreta dos “fins desejados pelo Estado” (MEIRELLES, 2004, p. 40) ou simplesmente na disciplina da função administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2009,

p. 37) demonstram uma face ainda voltada para a primeira metade do século XX, quando estava em vigor o ultrapassado paradigma do Estado Legislativo de Direito, onde imperava a primazia da lei<sup>3</sup> e as disposições constitucionais figuravam como singelas diretrizes declaratórias.

Administrar, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, não é meramente aplicar a lei de ofício, como afirmava Seabra Fagundes (2006, p. 3), porquanto a função administrativa, hoje, depende que o seu exercício pelos agentes públicos seja impregnado pelas instituições e valores constitucionais. Nesse sentido, Gustavo Binenbojm (2007, p. 515) aduz que o dogma da lei como *medium* exclusivo e imprescindível entre a Administração Pública e a Constituição está superado, pois deve “ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”.

No Brasil, um conceito de Direito Administrativo orientado ao e pelos preceitos constitucionais foi elaborado pioneiramente por Marçal Justen Filho (2009, p. 1):

O direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

Em um Direito Administrativo invadido e conformado pela constitucionalidade – e não mais apenas pela legalidade –, a função administrativa, realizada, *in concreto*, pelo desempenho da atividade administrativa dos órgãos e agentes públicos, e o regime jurídico de direito público serão marcados tanto por um papel de garantidores dos direitos fundamentais contra ataques eventualmente desferidos por tais órgãos e agentes no exercício do poder público, quanto por um compromisso inafastável de concretizar, efetivar e promover, por ocasião da atuação da Administração Pública, a pauta axiológica que emana dos direitos fundamentais.

Assim, toda atuação estatal decorrente do exercício da função administrativa deverá ter como referencial limitador e orientador o sistema de direitos fundamentais estruturado na Constituição, o que alcançará tanto as atividades estatais de prestação, quanto as de fomento público/propulsão (MOREIRA NETO, 2008, p. 46).

---

3 Atestando o seu viés rigorosamente pautado na legalidade, a função administrativa, para o último autor mencionado, consiste tão-somente naquela “que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 36).

Os direitos fundamentais, que incorporam a moral pública da modernidade que já não flutua sobre o direito positivo, mas que emigrou definitivamente para o interior de suas fronteiras, exibem uma extraordinária força expansiva que inunda, impregna ou se irradia sobre o conjunto do sistema; já não disciplinam unicamente determinadas esferas públicas de relação entre o indivíduo e o poder, mas se fazem operativos em todo tipo de relações jurídicas, de maneira que bem se pode dizer que não há um problema medianamente sério que não encontre resposta ou, quando menos, orientação de sentido na constituição e nos seus direitos. (PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 216 – tradução nossa)

Consequência inarredável disso será a influência modeladora e harmonizadora que a normatividade constitucional – sobretudo a oriunda dos princípios – exercerá sobre os institutos do Direito Administrativo, sejam aqueles mais clássicos como o interesse público e a discricionariedade administrativa, sejam aqueles outros estabelecidos mais recentemente como atividade regulatória exercida pelo Estado e a proibição administrativa.

Um outro efeito do processo de constitucionalização do Direito Administrativo é o disciplinamento de vários aspectos desse ramo jurídico pela própria Constituição. Já no capítulo dos direitos fundamentais individuais e coletivos se prevê, por exemplo, a possibilidade de desapropriação por interesse social ou necessidade ou utilidade pública (art. 5º, XXIV), a requisição de bem particular pelo Estado em caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV) e o manejo da ação popular visando anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII). No Título III (Da Organização do Estado), constata-se a quase exaustiva tutela constitucional para com o Estado, descrevendo desde os bens pertencentes a cada um dos entes federativos (arts. 20 e 26) até as atividades e serviços públicos a serem executados por União, Estados, Municípios e Distrito Federal (arts. 21, 23 e 30).

Nos arts. 37 ao 43 encontra-se um vastíssimo e exagerado trato constitucional quanto à Administração Pública. Praticamente não restou nenhum tema relevante do Direito Administrativo que deixou de ser abordado pelo Capítulo VII do referido Título III: princípios regentes da Administração Pública (art. 37, *caput*), provimento de cargos e empregos públicos (art. 37, II e V), concursos públicos (art. 37, III e IV), liberdade sindical e direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VI e VII), remuneração e vencimentos (art. 37, X a XV), criação de empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, XIX e XX), licitações (art. 37, XXI), participação do administrado/usuário nas atividades desempenhadas pela

Administração Pública (art. 37, § 3º), improbidade administrativa e sua punibilidade (art. 37, § 4º), aposentadoria (art. 40), estabilidade (art. 41), dentre outros.

Em dispositivos mais esparsos pela Constituição ainda se verifica a previsão de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, assim como daqueles que lidem com dinheiros, bens e valores públicos (art. 70), além de normas relacionadas às finanças e orçamentos públicos (art. 163 a 169) e à relação do Estado com a ordem econômica, tais como a atividade regulatória exercida por este (art. 174), a prestação de serviços públicos, direta ou indiretamente (art. 175), os monopólios econômicos da União (art. 177) e o papel do Estado nas políticas urbana, agrícola e fundiária (arts. 182 a 191), podendo ser citadas, ainda, normas constitucionais a respeito da atuação estatal na saúde (art. 196) e na educação (art. 205).

### **1.3 A Administração Pública regida por princípios constitucionais**

O intenso processo de constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro promovido no seio do nosso Estado Constitucional de Direito atinge e configura de maneira inovadora e substancial a Administração Pública em todas as suas acepções<sup>4</sup>, sobretudo em decorrência da mudança de enfoque na relação entre esta e as pessoas que instituem o Estado e, conseqüentemente, o instrumentalizam para o desempenho da atividade administrativa. Se outrora se falava na relação “Administração/administrado”, hoje impera a relação “Administração/cidadão”.

Ao contrário do vínculo de mera submissão estatal que marca o primeiro tipo de relação mencionado, o homem-cidadão, no constitucionalismo contemporâneo, é concebido como um legítimo participante e gestor da função administrativa e da coisa pública<sup>5</sup>, sendo que o desempenho de tal papel pelo cidadão consiste numa manifestação necessária da autonomia cívica exigida dele pelo novo paradigma

---

4 Marçal Justen Filho (2009, p. 165) aponta três acepções para a expressão “Administração Pública”: sob um viés objetivo, é “o conjunto de bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa”; subjetivamente, consiste no grupo de “pessoas, públicas e privadas, e de órgãos que exercitam atividade administrativa; e, por fim, sob uma ótica funcional, trata-se de um tipo de atividade que objetiva à satisfação dos direitos fundamentais.

5 Reconhecendo a importância do papel da cidadania para o controle da Administração Pública, ver a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 406.545/SP (j. 21/11/2002).



estatal (DIAS, 2003, p. 153) e é um dos pilares para a efetiva realização do direito fundamental a uma boa administração pública, que figura como um daqueles reconhecidos e garantidos pela Constituição<sup>6</sup>, ainda que implícita e indiretamente através dos aportes normativos decorrentes dos vários aspectos do Direito Administrativo tocados pelo processo constitucionalizante.

Segundo Gustavo Binenbojm (2006, p. 26), “as feições jurídicas da Administração Pública – e, *a fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição”. Essa conformação da Administração Pública é creditada à gama de disposições de cunho principiológico gravadas no texto constitucional, tanto aquelas consubstanciadas em direitos fundamentais, quanto, em específico, aquelas manifestas em princípios mais setoriais, como os estabelecidos em vários pontos do art. 37.

Todo este panorama inovador é algo que veio a ser passível de concretização somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso porque a Administração Pública brasileira que vinha sendo conduzida durante o período ditatorial que antecedeu à nova Carta foi gravemente marcada pelas consequências perversas de uma organização rigorosamente burocrática, de uma atuação desenfreada do Estado em todos os setores econômicos e de um absoluto menoscabo aos mais basilares direitos individuais dos cidadãos, o que serviu de combustível para impulsionar os efeitos deletérios resultantes da convolação ilegítima da coisa pública em coisa privada (corrupção econômica) e da decadência institucional promovida por maus governos (corrupção política), deixando, assim, sequelas agudas no sistema social brasileiro.

Uma Administração Pública livre do emprego arbitrário e excessivo da discricionariedade administrativa, apontada como o cavalo de Tróia da legalidade no agir administrativo (ROCHA, 1994, p. 62), do corporativismo e da falta de transparência no acesso aos cargos públicos, da ineficiência na prestação dos serviços públicos pelo Estado e da falta de responsabilização dos agentes públicos corruptos e ímprobos. Esta foi a Administração Pública idealizada pela Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a redemocratização e a refundação do Estado brasileiro que foram iniciadas ali, Constituição esta permeada de valores

---

6 Para Juez Freitas (2009, p. 22), o direito fundamental à boa administração pública exige que ela seja “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.

republicanos e democráticos que sugeriram um novo e revigorado fôlego de probidade e decoro no desempenho da função administrativa.

Todos os mencionados fatores pré-Constituição de 1988 compuseram importantes marcos institucionais a serem derrubados pela nova ordem constitucional e foram a causa premente de se conceber através desta uma Administração Pública dirigida por princípios jurídicos encimados no e pelo texto constitucional, ganhando destaque o quinteto principiológico incrustado no *caput* do art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Com o advento da superioridade normativa dos princípios constitucionais da Administração Pública não se está afirmando que restou dispensada a atuação administrativa pautada por regras legais. Pelo contrário. Ela continuará a ser ordinariamente exercida pelos órgãos e agentes públicos segundo o que dispuser as leis infraconstitucionais que tenham passado pela filtragem constitucional. Contudo, pode ser que, em razão da juridicidade das normas da Constituição (BINENBOJM, 2006, p. 38), a atividade administrativa seja executada com fundamento direto em preceitos constitucionais, independente ou para além de regras legais; ou, ademais, pode “legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais”. Estas são situações – à primeira vista conflituosas – que inevitavelmente se apresentarão a uma Administração Pública que deve desempenhar a sua função de uma forma materialmente legítima, de acordo com as diretrizes axiológicas traçadas na Constituição por meio dos princípios por ela acolhidos.

De modo que a exigência de uma boa gestão da Administração Pública é uma das promessas que decorrem da sucessão paradigmática do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, podendo-se afirmar, junto com Luís Roberto Barroso (2009, p. 91), que um dos objetivos do constitucionalismo contemporâneo é “prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisões, de modo a propiciar governos eficientes e probos”.

Contudo, o alcance desse objetivo exige que os órgãos públicos e, sobretudo, os agentes públicos – que faticamente são os responsáveis pela execução e operacionalização das competências associadas ao desempenho da função administrativa – atuem em busca desse desiderato de uma maneira conteudisticamente conforme a honestidade, a integridade, a lealdade e a ética

esperadas pela sociedade daqueles que por ela foram, de alguma forma, designados para gerir a coisa pública. Não se atinge o propósito da boa administração pública quando o caminho percorrido pelos agentes públicos até ela tenha sido construído através de atos marcadamente desonestos, corruptos, atentatórios ao patrimônio público ou tão-somente violadores dos valores inerentes à Administração Pública constitucionalmente juridicizados por meio dos princípios. Atos dessa natureza foram definidos e classificados pelo ordenamento jurídico brasileiro como atos de improbidade administrativa.

É tendo como alvo a responsabilização jurídica dos agentes públicos que assim procedem que a atual Constituição Federal, de maneira inédita na história constitucional do Brasil, previu expressamente no seu art. 37, § 4º a punibilidade dos atos de improbidade administrativa.

## **2 MARCO NORMATIVO DO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Embora a expressão “improbidade administrativa” só tenha sido empregada de maneira mais incisiva no ordenamento jurídico pátrio com o advento da ordem constitucional de 1988, as situações fáticas abarcadas por tal termo jurídico são alvo de preocupação e repressão pelo Direito brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824<sup>7</sup>, o que acarretou a estruturação, ao longo dos anos, de um plexo denso e capilarizado de textos normativos voltados para a temática da proteção da probidade administrativa, processo positivador este que foi sobremaneira intensificado a partir da Constituição Cidadã.

### **2.1 A pulverização da tutela da probidade administrativa no ordenamento jurídico**

O ordenamento jurídico brasileiro edificado e estabelecido com e a partir da promulgação da Constituição de 1988 – assim como a sociedade que o legitima – tem a probidade no exercício da função administrativa desempenhada pelos agentes públicos como um dos seus bens jurídicos mais caros a serem tutelados pela normatividade decorrente do Direito, tornado-a, inclusive, intento de proteção por várias esferas jurídicas.

Tal zelo normativo para com a probidade administrativa vem certificado já pelo próprio texto constitucional, por meio de disposições como a contida no referido art. 37, § 4º, onde consta a determinação de punição dos atos de improbidade administrativa, e aquelas anunciadas nos arts. 14, § 9º, e 85, V, que preveem, respectivamente, que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade para proteger a probidade administrativa e que atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração configuram crime de

---

7 O referido texto constitucional já previa a responsabilização dos Ministros de Estado em casos de peita, suborno, concussão e abuso de poder (art. 133, II e III).

responsabilidade<sup>8</sup>, sem olvidar da previsão expressa do dever de prestar contas imposto a toda pessoa física ou jurídica que, de alguma forma, lide com bens, dinheiros ou valores públicos (art. 70, § 1º), um dos baluartes da transparência e da probidade necessárias à concretização de uma boa administração pública.

Todos os mencionados dispositivos constitucionais possuem o seu sustentáculo axiológico maior no princípio da moralidade administrativa, permeado de inafastável caráter normativo pela própria Constituição ao inseri-lo, pela primeira vez, no rol dos princípios reitores da Administração Pública (art. 37, *caput*), juntamente com a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência, constituindo um verdadeiro superprincípio informador destes quatro últimos (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 31). Maria Sylvia Di Pietro (2008, p. 764) aponta que a “inclusão do princípio da moralidade na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética da Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”.

Embora o conteúdo e o alcance do princípio da moralidade administrativa constitua uma das mais apaixonantes e tormentosas questões do Direito Administrativo, justamente por tanger a eterna e tensa relação que necessariamente existe entre Direito e Moral, o trato investigativo de tal problemática no presente trabalho ensejaria uma fuga temática metodologicamente indesejável e imprópria diante do escopo aqui estabelecido<sup>9</sup>. Não obstante, é importante demarcar que tal princípio está materialmente imbricado pela ideia de uma função administrativa exercida de maneira ética e justa pelos entes públicos dela incumbidos, concepção esta que é fortalecida na medida em que a confiança do povo na Administração Pública por ele instituída e instrumentalizada é reafirmada pela legítima e boa gestão da coisa pública resultante, primordialmente, da execução da atividade administrativa pelos órgãos e agentes públicos.

Diante dessa ideia e acolhendo os contornos conceituais traçados por Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 191), entende-se que o princípio da moralidade administrativa é permeado por um “conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo”,

8 Vale ressaltar que a previsão da improbidade administrativa como hipótese caracterizadora de crime de responsabilidade pelo Presidente da República vem sendo reiterada por todas as constituições republicanas brasileiras (1891: art. 54, item 6; 1934: art. 57, *f*; 1937: art. 85, *d*; 1946: art. 89, *V*; 1967: art. 84, *V*; 1969; art. 82, *V*).

9 Na doutrina brasileira, o tema foi objeto de densa pesquisa elaborada por CAMMAROSANO (2006).

sendo que a pauta ética a ser observada pelos agentes públicos será aquela “afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado”.

Nessa esteira axiológica de reverência à moralidade na Administração Pública e lastreado por dispositivos constitucionais como os citados acima, o sistema jurídico brasileiro infraconstitucional passou por um significativo processo de incremento e aperfeiçoamento do seu ferramental legal de combate à corrupção e à improbidade administrativa. Por meio de um processo de positivação que se estende até os dias atuais, o emprego do discurso político-valorativo de contenção da corrupção e da improbidade no setor público tem servido de mote para a edição de várias leis eivadas de um manifesto sentido normativo-jurídico anticorrupção, sendo que as formas como essa positivação tem ocorrido são as mais diversas.

No âmbito do Código Penal, há um capítulo arrolando dezessete tipos penais passíveis de serem cometidos por funcionários públicos<sup>10</sup> contra a Administração Pública. Além disso, ora se observa o recrudescimento da pena aplicável a condutas já ali tipificadas como crime, como, por exemplo, quando a Lei nº 10.763, de 12/11/2003, agravou a pena para o crime de corrupção passiva de um a oito anos de reclusão para dois a doze anos de reclusão (art. 317), ora se verifica a criação de novos tipos penais, como a engendrada pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000, que tipificou criminalmente a conduta de inserção de dados falsos em sistema de informações da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida (art. 313-A). Já no campo da legislação penal extravagante, são exemplos da referida postura positivadora contra a corrupção na esfera pública a Lei nº 9.613, de 03/03/1998, que prevê como uma das modalidades de crime de lavagem de dinheiro a ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores provenientes de crimes contra a Administração Pública (art. 1º, V), e os arts. 89 a 98 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, que tipificam como crime determinadas condutas voltadas para a fraude de licitações e contratações públicas.

Fora da esfera das disposições criminais, a Lei nº 8.429, de 02/06/1992<sup>11</sup>, que veio a regulamentar o mencionado art. 37, § 4º, da Constituição Federal e que será o principal diploma legal de análise do presente estudo, ocupa posição de destaque na galeria dos atuais instrumentos normativos disponíveis para reprimir a

---

10 Termo empregado pelo Código Penal e cujo alcance subjetivo é delimitado pelo seu art. 327.

11 Referido diploma legal ficou conhecida no meio jurídico como “Lei de Improbidade Administrativa”.

improbidade administrativa, a ponto de receber de Raul Machado Horta (2004, p. 127) o título de a “verdadeira lei brasileira da anticorrupção”. A Lei nº 8.429/92 tem como “parceira indissociável” e sua face instrumentalizadora a Lei nº 7.347, de 24/07/1985<sup>12</sup>, que disciplina a ação civil pública, principal ferramenta processual empregada pelos legitimados para propor a ação de improbidade administrativa.

Na instância administrativa, vale destacar que a Lei nº 8.112, de 11/12/1990, prevê a corrupção e a improbidade administrativa como hipóteses de infrações disciplinares cometidas pelos servidores públicos civis da União, cujo cometimento por estes é passível de aplicação da pena de demissão por meio do devido processo administrativo disciplinar.

Além dos referidos textos legais vigentes, há vários projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional voltados para endurecer a repressão à improbidade administrativa e à corrupção no Brasil, tais como o PL nº 5.363/2005, que tipifica o enriquecimento ilícito como crime contra a Administração Pública, o PL nº 7.528/2006, que disciplina o conflito de interesses no âmbito do Poder Executivo Federal, prevendo tal conduta como hipótese de ato de improbidade administrativa a ser punido nos termos das Lei nº 8.429/92, e o PL nº 6.616/2009, que cria os tipos penais da corrupção, concussão e peculato qualificados e os considera crimes hediondos para os fins da Lei nº 8.072, de 25/07/1990.

Outrossim, é importante mencionar que no âmbito organizacional do Estado brasileiro instituições como o Ministério Público tiveram suas atribuições de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais fortalecidas pela Constituição Federal (art. 129), o mesmo se observando com relação ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Tribunal de Conta da União (art. 71). Em nível de legislação infraconstitucional, órgãos estatais de prevenção e repressão à corrupção e promoção da ética foram criados e estruturados, tais como, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União (art. 17 da Lei 10.683, de 28/05/2003) e a Comissão de Ética Pública (Decretos Não Numerado de 29/05/1999 e nº 6.029, de 1º/02/2007).

O breve e exemplificativo rol de textos legais e constitucionais acima exposto serve para demonstrar que o Direito brasileiro pós-1988 foi – e, pelo que se vê dos projetos de lei em curso, continuará sendo – devidamente instrumentalizado com

---

<sup>12</sup> Embora a Lei nº 7.347 tenha entrado em vigor anteriormente à atual Constituição Federal, os seus dispositivos sofreram várias modificações por outras leis posteriores a 1988, tais como a Lei nº 8.078, de 11/09/1990, a Lei nº 10.257, de 10/07/2001, e a Lei nº 11.448, de 15/01/2007.

diversos meios legislativos de combate à improbidade na Administração Pública, de modo que se pode afirmar que o teor literal dessas leis expressam um programa normativo (MÜLLER, 2005, p. 42) robusto para a contenção do avanço da corrupção no Brasil e para uma tutela jurídica da probidade administrativa efetiva, com destaque para a Lei nº 8.429/92, fruto legislativo de expressa previsão constitucional originária.

Contudo, o mesmo Müller (2009b, p. 192) adverte que “A ‘norma pura’ não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma”. De sorte que para um texto (programa) normativo adquirir normatividade, é necessário que seja integrado nesse processo o âmbito da norma, que consiste no “nexo formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma” (MÜLLER, 2005, p. 44). A atuação e a convergência destes dois elementos estruturais da norma agregam a esta a sua típica característica normativa, definida nos seguintes termos:

Normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar a realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. (MÜLLER, 2009b, p. 15).

Observa-se que a teoria estruturante de Müller se propõe a concretizar a norma jurídica e a norma de decisão por meio de um processo de conjugação do programa normativo, extraído a partir dos dados linguísticos expressos nos textos jurídicos, e do âmbito normativo, resultante da conformação de dados fáticos relevantes apontados pelo programa normativo. Essa metodologia concretista e operacional da norma (MACEDO SILVA, 2005, p. 124) abandona a concepção positivista de que a norma já estaria contida previamente na moldura jurídica demarcada no texto positivado pelo legislador (KELSEN, 2003, p. 390), situação que autorizava o operador do direito tão-somente extrair a norma pré-existente, sem nenhum papel criativo, e aponta para uma normatividade a ser construída e concretizada dinamicamente, servindo o texto jurídico apenas de ponto de partida para a estruturação da norma ou “o dado de entrada/*input* mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente” (MÜLLER, 2009a, p. 120).

O emprego de uma metódica desse cariz constitui ferramenta teórica



indispensável para uma concretização normativa constitucionalmente adequada e efetiva do sistema jurídico concebido no Brasil para reprimir a improbidade administrativa, sobretudo em razão da vaguidade semântica que permeia vários termos empregados pelo legislador nos textos jurídicos que tratam do assunto.

## **2.2 Antecessores jurídicos da Lei nº 8.429/92**

Não obstante a Lei de Improbidade Administrativa só ter entrado em vigor em 03/06/1992, ou seja, quase quatro anos após a promulgação da Constituição de 1988, duas leis editadas sob a égide da Constituição de 1946 encontravam-se em vigor quando do advento da Lei nº 8.429/92<sup>13</sup> e eram, até então, os principais instrumentos legais previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro voltados para coibição da improbidade na Administração Pública, embora nenhuma delas empregasse literalmente esse termo.

A primeira delas foi a Lei nº 3.164, de 1º/06/1957 (apelidada de “Lei Pitombo Godói-Ilha”), que tratava, apenas nos casos de enriquecimento ilícito, do sequestro e perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público em decorrência de influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, isso sem obstar a responsabilização concomitante do servidor na esfera penal, sendo esta uma de suas inovações, pois, até então, a tutela extrapenal de situações como essas só poderia ocorrer residualmente.

Em razão da falta de uma regulamentação mais específica do alcance das expressões “servidor público” e “por influência ou com abuso” do cargo, função ou emprego, assim como da dificuldade em se provar que o bem tivesse sido adquirido em razão de tal abuso ou influência, a citada lei não obteve a efetividade que se esperava de uma norma dessa importância (GARCIA; ALVES, 2008, p. 168), cuja nomogênese foi prevista constitucionalmente (art. 141, § 31, da Constituição de 1946).

Este cenário ensejou a edição de um novo diploma normativo para tratar do assunto um ano e meio depois, o que se deu com a Lei nº 3.502, de 21/12/1958, que ficou conhecida como “Lei Bilac Pinto”, a qual era bem menos lacônica que a Lei nº 3.164/57, embora regulasse igualmente o sequestro e o perdimento de bens nos

<sup>13</sup> Ambas foram expressamente revogadas pelo art. 25 da Lei nº 8.429/92.

casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função<sup>14</sup>. Como aspectos positivos, aponta-se que a Lei nº 3.502/58 estabeleceu em seu texto a definição de servidor público para os fins a que se destinava, bem como elencou especificamente as hipóteses configuradoras de enriquecimento ilícito, equiparando-o, inclusive, a crime contra a Administração Pública passível de ser apurado mediante processo penal<sup>15</sup>; contudo, a nova lei retrocedeu em relação à Lei Pitombo Godói-Ilha quanto à legitimação para propositura da ação, haja vista que por esta última eram legitimados tanto o Ministério Público quanto “qualquer pessoa do povo”, ao passo que pela Lei nº 3.502/58 foi mantido o *Parquet*, mas a legitimação popular se tornou subsidiária para os casos de inércia da entidade pública ou privada interessada.

Em que pese o avanço promovido em alguns pontos, a Lei Bilac Pinto, tal como a Lei Pitombo Godói-Ilha, também não alcançou efetividade que dela se esperava, o que, segundo Emerson Garcia (2008, p. 169), decorreu da complexidade para se provar a ocorrência de todos os requisitos previstos para configuração do enriquecimento ilícito<sup>16</sup> e da previsão tão-somente do perdimento de bens como sanção para tal ato, não recaindo sobre a agente público infrator nenhuma punição direta, como a perda da função.

Como principais semelhanças entre as Leis nº 3.164/57 e nº 3.502/58 pode-se indicar que elas alcançavam somente os atos que acarretassem enriquecimento ilícito para o agente público, prevendo como sanção pelo cometimento de tais atos apenas o perdimento dos bens ilicitamente acrescidos, aspectos estes que tinham o seu delineamento firmado no texto constitucional de 1946. Embora as Constituições de 1967 e de 1969 tivessem ampliado a possibilidade de aplicação de tal pena para casos de danos ao erário (art. 150, § 11, e art. 153, § 11, respectivamente), a regulamentação infraconstitucional por elas prevista não ocorreu, de sorte que as citadas leis permaneceram como principais instrumentos legais regulamentadores de tais dispositivos constitucionais.

---

14 Em razão do disposto em seu art. 8º, a Lei nº 3.502/58 não revogou expressamente a Lei nº 3.164/57, de modo que ambas vigeram concomitantemente até o advento da Lei nº 8.429/92.

15 Interessante notar que a Lei nº 8.429/92, sucessora da Lei Bilac Pinto, não equiparou nenhuma das suas hipóteses de atos de improbidade administrativa a crime contra a Administração Pública. Não obstante, o referido PL nº 5.363/2005 propõe exatamente este fenômeno com relação aos atos de improbidade administrativa que impliquem em enriquecimento ilícito, o que, em termos legais, acabará por reavivar a essência normativa do art. 4º da Lei nº 3.502/58.

16 Ver, por exemplo, o art. 2º, parágrafo único, item 1, que exigia a demonstração probatória da ocorrência de interesse político em alguns casos.

## **2.3 Matriz constitucional da improbidade administrativa (Art. 37, § 4º)**

Esse breve resgate histórico do regime legal e constitucional pré-1988 de combate à improbidade administrativa é importante para realçar o impacto jurídico ocasionado pela sua previsão em sede constitucional – através do art. 37, § 4º, da Constituição de 1988 – e pelo texto legislativo elaborado para regulamentá-la – Lei nº 8.429/92. Aquele preceito constitucional assim dispõe:

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.

A partir da leitura do mencionado dispositivo constitucional já se verificam as duas inovações mais proeminentes em relação ao sistema jurídico anterior e que serão as colunas de sustentação de toda a nova normatividade da repressão à improbidade administrativa almejada pelo Estado Constitucional de Direito fundado pela sociedade através da Carta Magna de 1988.

Primeiramente, passou-se a considerar punível não os atos que acarretassem um enriquecimento de natureza ilícita ao agente público ou que causassem danos patrimoniais ao erário, mas sim os atos que resultassem em improbidade administrativa. Longe de representar mera alteração de vocábulos, o termo agora empregado pelo texto constitucional é intensamente mais permeável pelos influxos axiológicos e normativos decorrentes do princípio da moralidade administrativa, sobretudo aqueles aspectos deste princípio correlacionados à honestidade e à retidão no exercício da função administrativa pelos agentes públicos, aspectos estes que serão a pedra de toque a ser empregada para identificar concretamente a ocorrência ou não de um ato ímprobo e a eventual punibilidade do agente público.

Esse cuidado constitucional em prever a repressão aos atos de improbidade administrativa acarreta a impossibilidade de se desconstruir a ligação intensa e recíproca estabelecida entre probidade administrativa e moralidade administrativa. Intensa porque a primeira é informada conteudisticamente pela pauta axiológica que

decorre da segunda, constituindo uma forma agravada desta; recíproca porque a probidade, ao ser densa e rigorosamente tutelada pelo Direito, dinamiza e fortalece a força normativa da moralidade. Wallace Paiva Martins Júnior (2009, p. 114) assim analisa essa relação simbiótica:

Ele [*o princípio da probidade*] é, efetivamente, decorrência do princípio da moralidade administrativa e informado pelos mesmos valores que incidem neste. Mas adquire contorno próprio, por sua função instrumentalizadora da moralidade administrativa, desempenhando uma atuação sensível de garantia da eficácia (ainda que no sentido negativo, de proibição ou vedação) dos princípios da Administração Pública. Para o agente público, surge como ônus ou dever de boa administração, exigindo que os atos por ele praticados demonstrem sua habilitação moral guiada pelo senso ético no exercício de cargo, função ou emprego público.

Este é o motivo pelo qual se afirma que o ato de improbidade administrativa não é qualquer ato desonesto ou violador da moralidade administrativa, mas apenas aqueles que, em razão das peculiaridades censuráveis do comportamento administrativo do agente público, manifestam uma dimensão de reprovação severa e reclamam um urgente sancionamento jurídico (OSÓRIO, 2009, p. 262).

De sorte que a improbidade administrativa deve ser entendida como um ponto de densificação material e especificação qualitativa da moralidade administrativa, características que serão observadas mais nitidamente a partir da compreensão da probidade administrativa como um bem jurídico tutelado pelo Direito e, principalmente, por ocasião do processo de estruturação e construção da norma jurídica aplicável ao ato ímprobo submetido à apreciação do sistema jurídico.

O outro aspecto inovador promovido por meio do art. 37, § 4º, foi a previsão de que a reprimenda punitiva ao ato de improbidade administrativa consistirá em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sanções bem mais graves e diretas do que o mero perdimento de bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público, previsto no regime jurídico pré-1988.

O apontamento dessas consequências punitivas pelo texto constitucional em vigor rompe com o caráter meramente ressarcitório até então observado no sistema extrapenal de repressão à improbidade administrativa, quando a simples efetivação do perdimento dos bens em favor da Fazenda Pública encerrava a apuração nessa instância, o que exigia que quaisquer outros efeitos eventualmente decorrentes do ato ímprobo cometido pelo agente público – como a perda da função pública – dependessem da condenação deste na esfera penal por meio de decisão transitada

em julgado.

O fato de a Constituição de 1988 ter assinalado expressamente em seu texto a punibilidade dos atos ímprobos evidencia que a probidade administrativa representa sob o aspecto da relação funcional entre agentes públicos e Administração Pública um dever constitucional fundamental (SAMPAIO SILVA, 2009, p. 211) daqueles para com esta, considerando-se a concepção ampla que ela assume em um Estado Constitucional de Direito.

Com a previsão constitucional de tais sanções conjugada com a determinação expressa de que a punibilidade dos atos de improbidade administrativa não depende e nem interfere na ação penal cabível, tem-se por instituído pela Constituição de 1988 uma autêntica esfera de responsabilização extrapenal afitiva – e não mais apenas restitutória – do agente público pelo cometimento de improbidade administrativa, sobretudo em razão do caráter nítida e rigorosamente punitivo – para não dizer penal, em um sentido amplo (JUSTEN FILHO, 2009, p. 880) – dos resultados passíveis de serem gerados em tal esfera, o que exigirá uma aguçada observação dos princípios e cláusulas que integram o Direito Público Punitivo ou Direito Sancionador<sup>17</sup> na apuração e na punição dos atos de improbidade administrativa.

## **2.4 Matriz legal da improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92)**

Feitas pelo texto constitucional a indicação da categoria “atos de improbidade administrativa” e a estipulação das consequências jurídico-sancionatórias passíveis de serem infligidas, o art. 37, § 4º da Constituição Federal remeteu à lei a função de dar forma e graduar estes dois elementos, papel que coube à Lei nº 8.429/92.

A citada lei representou um divisor de águas na evolução do sistema jurídico brasileiro de repressão à improbidade administrativa, pois possibilitou que a normatividade necessária para coibir os atos ímprobos e corruptos encontrasse no

---

<sup>17</sup> Trata-se de terminologia empregada por Fábio Medina Osório (2005, p. 168) para identificar o “conjunto de normas que disciplinam as várias manifestações punitivas do Estado”, e não um novo ramo do Direito.

texto da Lei nº 8.429/92, em comparação com os diplomas legais antecedentes, um programa normativo substancialmente renovado em razão dos valores e princípios constitucionais relacionados à boa administração pública e mais abrangente no tocante aos elementos jurídicos que integram a estrutura de tais atos (subjetivo, objetivo e punitivo), sobretudo em decorrência do emprego, pelo legislador ordinário, de termos imprecisos e de determinabilidade semântica dificultosa nos *capita* dos arts. 9º, 10 e 11, que acabaram por conferir maior flexibilidade concretizadora ao operador do direito durante o processo de estruturação das normas jurídicas e das normas de decisão.

Embora a Lei de Improbidade Administrativa tenha tratado de vários aspectos materiais e processuais importantes relacionados à caracterização e apuração do ato ímprobo, tais como os sujeitos ativos e passivos, ritos administrativos e judiciais e prazos prescricionais, a breve análise a ser desenvolvida neste tópico versará apenas sobre as espécies de ato de improbidade administrativa (arts. 9º a 11 – elementos objetivos) e as penas possíveis de serem cominadas (art. 12 – elementos punitivos), pontos da lei por meio dos quais se regulamentou especificamente as duas relevantes inovações constitucionais tratadas no item anterior.

#### **2.4.1 Espécies de atos de improbidade administrativa**

A Lei nº 8.429/92 classificou o gênero “ato de improbidade administrativa” em três espécies típicas: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Nesta mesma ordem, o legislador graduou, da maior para a menor, a gravidade de cada espécie de ato de improbidade administrativa, o que é atestado a partir do cotejo destes artigos com os incisos do art. 12, onde constam as penas passíveis de serem infligidas pelo Poder Judiciário ao agente público que cometa tais atos (o inciso I refere-se ao art. 9º; o inciso II refere-se ao art. 10; e o inciso III refere-se ao art. 11).

A primeira espécie de ato de improbidade administrativa foi considerada pelo legislador como a mais reprovável e trata dos atos que envolvem enriquecimento

ilícito decorrente da obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida pelo agente público em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades da Administração direta, indireta ou fundacional de quaisquer poderes de quaisquer esferas federativas ou ainda em empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% da receita anual ou do patrimônio.

O elemento mais importante para a configuração do ato ímprobo descrito no art. 9º é a percepção – ainda que não exigida – efetiva – e não meramente solicitada – e injustificada – sem uma justa causa ou origem lícita – de alguma vantagem de natureza patrimonial pelo agente público, sendo que na compreensão de tal patrimonialidade do proveito deve-se incluir não somente a transferência financeira de valores de cunho monetário, mas a obtenção de qualquer forma de favores ou benefícios que ingressem na esfera patrimonial do agente público e que possam sofrer mensuração econômica, sejam tais vantagens obtidas de forma direta (o próprio agente recebe) ou indireta (mediante a interposição de terceiros), seja por meio de prestações positivas (há um acréscimo patrimonial) ou negativas (deixa-se de efetuar um gasto, acarretando para o agente público uma poupança de recursos, ou seja, evita-se uma redução do seu patrimônio).

É importante destacar que a ocorrência de danos materiais ao erário não integra o conjunto de requisitos necessários para caracterizar a espécie de improbidade administrativa ora analisada, de modo que é irrelevante, aqui, se estes ocorreram ou não. Quanto a este ponto, Fernando Rodrigues Martins (2009, p. 262) pondera que “Diz-se material porque, mesmo que a propina recebida não acarrete causalidade em danos à Administração, por certo haverá quebra da confiança no tráfego jurídico”, o que denotaria um dano moral a ser reparado mediante a aplicação da multa civil prevista no art. 12, I.

A segunda modalidade de ato ímprobo especificada pela Lei nº 8.429/92 (art. 10) consiste naqueles que causem lesão ao erário por meio de perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres integrantes do acervo patrimonial das entidades da Administração direta, indireta ou fundacional de quaisquer poderes de quaisquer esferas federativas ou ainda em empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% da receita anual ou do patrimônio.

O ponto essencial a ser compreendido nesta modalidade de ato de improbidade administrativa é a amplitude do termo “erário” empregado no artigo em comento. Tecnicamente, o erário abarca o grupo de bens, direitos e valores públicos que são passíveis de mensuração financeira objetiva, constituindo uma parte – significativa, mas não integral – de um conjunto mais amplo conhecido como patrimônio público, que pode ser assim definido:

(...) conjunto de bens, dinheiro, valores, direitos (inclusive sociais e morais) e créditos pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta ou indireta e fundacional, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados à sua proteção e defesa. Tais elementos, mesmo sob a posse de particular, nunca perderão a qualidade de domínio público, dada sua origem: o ente público. (MARTINS, 2009, p. 44)

Assim, a partir de uma perspectiva literal e técnica do termo “erário” constante no *caput* do art. 10, estariam excluídos do âmbito de incidência jurídica do referido dispositivo os atos ímprobos que resultassem danos àquelas parcelas do patrimônio público que não são suscetíveis de qualquer apreciação econômica minimamente clara e fidedigna, embora ostentem elevado apreço imaterial para a sociedade, como o acervo artístico, ambiental, histórico ou arqueológico. A prevalecer tal entendimento e usando dois exemplos citados por Emerson Garcia (2008, p. 254), não seriam considerados atos de improbidade que causassem lesão ao erário a conduta de um fiscal do IBAMA que tolerasse o ingresso, em uma reserva florestal, de terceiros que tivessem o objetivo de capturar animais em extinção ou a atitude de permissividade de um servidor público responsável pela gestão do prédio que abriga a repartição pública em que trabalha, prédio este que está se deteriorando, embora se encontre tombado e incorporado ao patrimônio histórico e cultural.

Sem muito esforço se constata que tal interpretação restritiva da palavra “erário” é teleologicamente incompatível com a ampla proteção ao patrimônio público a que se almejou por meio da própria Lei nº 8.429/92<sup>18</sup>, assim como de outros textos legais e constitucionais<sup>19</sup>, o que é afirmado no texto do mesmo art. 10 ao empregar o

18 Observa-se que ao longo dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa é expressa a preocupação do legislador com o zelo ao patrimônio público em sua integralidade, e não apenas ao erário: art. 5º, art. 7º, art. 8º, art. 16, art. 21, I.

19 A Lei nº 4.717/65, que trata da ação popular, considera patrimônio público todos “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, § 1º), o que está em reverência absoluta com o preceito constitucional que considerou a referida *actio* uma garantia fundamental (art. 5º, LXXIII).



termo “perda patrimonial” como uma das formas de prejuízo ao erário. Nesse sentido, a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 949):

(...) o sentido de *patrimônio* na expressão *perda patrimonial* tem ampla densidade, a mesma que provém da expressão *patrimônio público*. Vai, portanto, muito além do patrimônio econômico-financeiro, embora se reconheça que este é o mais usualmente passível de violações.

Ao contrário do tipo previsto no art. 9º, o ato ímprobo descrito no art. 10 prescinde de que o agente público tenha auferido algum tipo de benefício patrimonial impróprio em razão do cometimento do ato<sup>20</sup>. O que em geral ocorrerá na realização dos atos de improbidade administrativa que ocasionem prejuízos ao erário será o enriquecimento ilícito por parte dos terceiros que estarão se beneficiando dos danos gerados ao patrimônio público em decorrência do ato ímprobo, isto é, eles serão os destinatários/beneficiários das parcelas patrimoniais extirpadas do erário – em sentido amplo – por tal ato.

Por fim, a terceira categoria de atos de improbidade administrativa estabelecida pela Lei nº 8.429/92 alcança aqueles que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11) na forma de violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Cumprir lembrar que até o advento da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.429/92 só havia previsão constitucional tratando do enriquecimento ilícito e do prejuízo ao erário e diplomas infraconstitucionais regulamentando o primeiro tipo citado, leis estas com baixíssima efetividade jurídica, sobretudo quanto ao aspecto punitivo.

De sorte que o art. 11 da Lei nº 8.429/92 representa a principal inovação perpetrada pelo legislador ordinário em favor do aperfeiçoamento do sistema jurídico de combate à improbidade administrativa no Brasil, pois, em primeiro lugar, sublinha o papel proeminente desempenhado pelos princípios constitucionais da Administração Pública como elementos estruturais e dirigentes do Poder Público no Estado Constitucional de Direito, e, em segundo lugar, fortalece o aspecto deontológico dos referidos princípios ao enfatizar o caráter cogente e injuntivo do cumprimento dos deveres funcionais ali apontados, cuja inobservância pelos agentes públicos é apta a ensejar severas punições pelo sistema jurídico (art. 12, III). Nesse sentido,

---

<sup>20</sup> Se, concomitantemente à ocorrência de prejuízo ao erário, tivesse acontecido a percepção de alguma vantagem indevida pelo agente público estar-se-ia diante de um caso enquadrável no art. 9º, e não no art. 10.

Wallace Paiva Martins Júnior (2009, p. 280) destaca que esta categoria legal de atos de improbidade administrativa desempenha a importante função de “assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração Pública, que a experiência mostra tantas vezes ofendidos à mingua de qualquer sanção”.

Não se olvida que o legislador impregnou com vaguidade semântica o art. 11 da Lei nº 8.429/92 ao considerar improbidade administrativa os atos que atentem os princípios da administração pública, haja vista que o elevado grau de abstração é uma característica ínsita a esta espécie normativa, o que exigirá dos operadores jurídicos o emprego de métodos concretizadores adequados. Canotilho (2003, p. 1161) lembra que “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”.

Contudo, este aspecto está longe de conferir fragilidade normativa ao disposto no referido artigo. Pelo contrário, o fortalece juridicamente, pois seria impossível ao Poder Legislativo tipificar em *numerus clausus* toda a sorte de atos lesivos à improbidade administrativa passíveis de serem cometidos pelos agentes públicos, de modo que as disposições semanticamente abertas consubstanciadas em princípios jurídicos funcionam como instrumentos normativos aptos a acolherem situações fácticas que não tenham sido hipoteticamente descritas na Lei nº 8.429/92. A esse respeito, Fábio Medina Osório (2005, p. 271) anota:

A ordem jurídica, em certa medida, necessita da vagueza semântica, pois esta é que possibilita o “almoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de serem previstas, quando posto o texto pelo legislador”.

Para se evitar um decisionismo subjetivista que coloque em cheque o primado da segurança jurídica e que banalize a normatividade estruturável a partir de princípios jurídicos, a contrapartida exigível aos operadores do direito que precisem lançar mão de tais disposições jurídicas semanticamente vagas contidas na Lei nº 8.429/92 será a necessidade de se identificar, diante do caso concreto, a ocorrência de efetiva lesão – ou perigo de lesão, conforme a situação – aos bens jurídicos tutelados por meio da probidade administrativa, tema a ser analisado no capítulo seguinte deste trabalho.

## 2.4.2 Sanções jurídicas ao ato de improbidade administrativa

No mesmo diapasão do preceito constitucional (art. 37, §4º), que apontou certas punições para o cometimento de atos de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 prescreve um rol de sanções a serem impostas aos agentes ímprobos, no qual se incluem a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por até dez anos, o pagamento de multa civil<sup>21</sup> e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica do qual o agente público seja sócio majoritário, por um período de até dez anos.

Um primeiro ponto a ser observado é que as duas primeiras espécies sancionatórias possuem antes um caráter patrimonial reparatório do que propriamente punitivo, no sentido de impor uma aflição sobre o agente causador do ato. Tanto a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente quanto o ressarcimento integral do dano visam reconduzir um patrimônio afetado para a situação em que se encontrava anteriormente ao cometimento do ato ímprobo: por meio da primeira, o patrimônio do agente público ímprobo que foi aumentado de forma ilícita; por meio da segunda, o erário que foi diminuído pelo dano resultante do ato de improbidade administrativa.

Vale destacar que a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente não se confunde com a indisponibilidade dos bens prevista no art. 37, § 4º do texto constitucional, haja vista que esta, além de também estar prevista na Lei de Improbidade Administrativa (arts. 7º e 16), configura mero instrumento acautelatório da eficácia das demais sanções passíveis de serem impostas, sobretudo as de cunho pecuniário, e não uma sanção em si, como impropriamente sinaliza a redação do dispositivo constitucional.

Do cotejo entre o art. 37, § 4º da Constituição de 1988 e o art. 12 da Lei nº 8.429/92 é notória a identificação de que não há coincidência entre as espécies sancionatórias fixadas pela lei ordinária e as formas punitivas previstas no

---

<sup>21</sup> O valor da multa civil irá variar de acordo com o tipo de ato ímprobo praticado: se tipificado no art. 9º, multa de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial indevido; se tipificado no art. 10, multa de até duas vezes o valor do dano ao erário; se tipificado no art. 11, multa de até cem vezes o valor da remuneração do agente.

dispositivo da Constituição, pois a perda de bens e valores acrescidos de maneira ilícita, a multa civil e as proibições para contratar ou receber incentivos e benefícios não constam da lista elaborada por meio do citado parágrafo constitucional. Contudo, esta discrepância não contamina o citado artigo legal com o vício da inconstitucionalidade em razão de uma suposta exacerbação do legislador ordinário frente àquilo que foi delineado no preceito constitucional.

O constituinte originário deixou claro no art. 37, § 4º que a regulação da punibilidade dos atos de improbidade administrativa dependeria do advento de lei ordinária, que teria a incumbência de dar forma e gradação tanto ao ato de improbidade em si quanto à sua punibilidade, partindo das balizas constitucionais ali estabelecidas, de modo que estas deveriam servir como um “mínimo aplicável, mas não como um corpo exaustivo de medidas sancionadoras da improbidade” (WEICHERT, 2008, p. 103)<sup>22</sup>.

Além disso, não se pode olvidar que a lei em sentido estrito é o instrumento normativo constitucionalmente habilitado para introduzir medidas punitivas no ordenamento jurídico, seja em qual esfera sancionatória for (administrativa, civil, penal etc.), conforme declaradamente exposto no art. 5º, XLVI, onde consta, ainda, a autorização constitucional de que outras penalidades poderão ser concebidas por lei, desde que não empreguem uma das modalidades vedadas pela própria Constituição (art. 5º, XLVII).

José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 179) destaca que embora o art. 5º, XLVI, da Constituição de 1988 sirva preponderantemente de orientação normativa para o legislador criminal, não se pode deixar de “tomá-lo como ‘diretriz’, ‘fragmento de norma’ ou, mais apropriadamente, ‘princípio’ que se irradia como pontes estruturantes do sistema constitucional e que garantem a unidade e a coerência do sistema”. Cotejando o caso das sanções por improbidade administrativa com a situação das sanções penais, Bertoncini (2007, p. 238) assim dispõe:

“Ademais, seria um exagero falar-se em inconstitucionalidade, porque nem mesmo para a fixação das sanções penais exige-se essa simetria constitucional, sendo tarefa do legislador e não do Poder Constituinte originário a sua fixação prévia. (...) O que se exige é o atendimento do princípio da reserva de lei (...).”

---

<sup>22</sup> Nesse mesmo sentido, CAPEZ (2010, p. 200). Em sentido contrário, defendendo a inconstitucionalidade da citada extensão sancionatória em razão de um alegado abuso do poder de legislar, MATTOS (2006, p. 529).

Uma dúvida que até há pouco tempo pairava na doutrina era se as espécies punitivas estabelecidas no art. 12 deveriam ser obrigatoriamente aplicadas pelo juiz de maneira cumulativa – ou seja, em bloco – ou se seria defensável a aplicação de apenas algumas delas isoladamente<sup>23</sup>. Contudo, a recente alteração promovida pela Lei nº 12.120, de 15/12/2009, na redação do *caput* do art. 12 pacificou a questão, pois agora consta expressamente que as cominações sancionatórias ali previstas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, circunstância esta que fomenta a imprescindibilidade de se comprovar a improbidade material do ato no caso concreto.

Uma questão ainda tormentosa diz respeito à natureza das sanções aplicáveis em reprimenda ao ato de improbidade administrativa. Emerson Garcia (2008, p. 412) sustenta a natureza extrapenal, afastando um caráter administrativo de tais sanções pelo motivo de elas serem aplicadas por um órgão jurisdicional, e não pela Administração Pública, o que denota a recepção, pelo autor, da clássica doutrina de que o reconhecimento da natureza de uma sanção é balizado de acordo com a autoridade competente para impô-la<sup>24</sup>. Com poucas variações, Fernando Rodrigues Martins (2009, p. 256) afirma que tais penalidades podem ser civis, administrativas ou constitucionais, a depender de qual espécie se refira, mas que, contudo, elas nunca ostentam um aspecto penal.

De modo diverso, há quem defenda que as sanções estabelecidas pela Lei nº 8.429/92 possuem natureza autônoma e mista, inaugurando, assim, uma esfera de responsabilização específica e diferenciada em face das instâncias cível, penal e administrativa<sup>25</sup>. Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 771), Sérgio Ferraz (2003, p. 413), Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 175) e Alexandre de Moraes (2004, p. 154) se alinham àqueles que apontam a natureza eminentemente civil das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Opinião diferente é a sustentada por Marçal Justen Filho (2009, p. 884), que assinala ser a improbidade administrativa um instituto de feição heterogênea, mas no qual desponta mais aguçadamente a

---

23 A favor da aplicação cumulativa, cita-se MARTINS JÚNIOR (2009, p. 336), GARCIA; ALVES (2008, p. 485) e WEICHERT (2008, p. 102). Posicionando-se pela possibilidade de aplicação isolada das sanções: BERTONCINI (2007, p. 253), DI PIETRO (2008, p. 786), GARCIA (2004, p. 274), MARTINS (2009, p. 310) e MAZZILLI (2005, p. 181).

24 Para uma defesa incisiva dessa posição clássica da doutrina brasileira, ver MELLO (2007, p. 63).

25 Nesse sentido: BERTONCINI (2007, p. 240), GARCIA (2004, p. 246) e MARTINS JÚNIOR (2009, p. 326).

natureza penal, constatação esta que, segundo o administrativista paranaense, torna possível afirmar que “a ‘ação principal’ a que alude o art. 17 [da Lei 8.429/92] é uma ação penal, e não mera ação civil” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 894).

Uma última – e original – corrente a respeito do assunto é a defendida por Fábio Medina Osório, que sustenta que o “ilícito de improbidade administrativa, desenhado na Constituição Federal, tem natureza administrativa, sendo administrativas suas sanções” (2007, p. 234), isso porque, segundo o autor, não se pode conceituar as sanções administrativas tão-somente a partir de uma concepção processual de direito administrativo, o que acabaria por confundi-las com o poder administrativo sancionador, sendo imprescindível reinserir o conceito de sanção administrativa no âmbito do direito administrativo material, entendendo-a como consequência de ilícitos (OSÓRIO, 2007, p. 225), o que o autor faz nos seguintes termos:

“Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.” (OSÓRIO, 2005, p. 104)

Interessante notar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reflete essa polêmica quanto à natureza dos atos de improbidade administrativa e das sanções impostas pela Lei nº 8.429/92 em várias decisões ali proferidas, pois ora se inclina para o seu aspecto civil (HC 50.545/AL, j. 15/08/1006, REsp 718.312/SP, j. 10/11/2009 e REsp 1.066.772/MS, j. 25/08/2009), ora se assinala o caráter misto (REsp 623.550/MT, j. 20/04/2006, e REsp 819.837/RS, j. 18/10/2007), ora se destaca o viés administrativo defendido por Fábio Medina Osório (REsp 704.570/SP, j. 17/05/2007, e REsp 1.089.911/PE, j. 17/11/2009).

Toda esta controvérsia a respeito da natureza jurídica das sanções por improbidade administrativa<sup>26</sup> decorre do fato de nem o constituinte nem o legislador ordinário terem se preocupado com a necessidade de esclarecer este aspecto dos atos ímprobos, limitando-se a afirmar, tanto no texto constitucional, quanto no texto

---

<sup>26</sup> Interessante notar que o problema da zona cinzenta onde se encontram os atos de improbidade administrativa vem desde a edição da Lei nº 3.502/58, antecessora da Lei nº 8.429/92, o que acabou por levar o idealizador da lei pretérita, Francisco Bilac Moreira Pinto (1960, p. 112) a aproximar as sanções a tais atos daquelas infligidas na esfera civil. Contudo, vale lembrar que as punições previstas na antiga lei restringiam-se a reparações patrimoniais (perdimento de bens e ressarcimento ao erário).

legal, que tal espécie de ilícito e suas sanções se situam em um universo jurídico distinto do âmbito criminal.

Contudo, em que pese não haver consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito de qual será o rótulo categorial a ser aposto nas sanções aos atos ímprobos, é incontroversa a opinião de que as medidas repressivas estabelecidas pela Lei nº 8.429/92 ostentam forte carga punitiva, a ponto de, em várias situações, serem aptas a impor gravames mais severos do que os passíveis de serem infligidos no âmbito criminal, pois, vale lembrar, muitos dos fatos descritos hipoteticamente na Lei de Improbidade Administrativa também configuram hipóteses que acarretam apurações e eventuais punições na esfera penal.

Citando um exemplo exposto por Fernando Capez (2010, p. 202), o crime de peculato (Código Penal, art. 312, *caput*)<sup>27</sup> é punível com uma pena mínima de dois anos de reclusão e multa, o que possibilitaria ao infrator que se beneficiasse de medidas como a suspensão condicional da pena (Código Penal, art. 77), a substituição da reclusão por uma pena restritiva de direitos (Código Penal, art. 44) ou o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade em regime aberto (Código Penal, art. 33, § 2º, c).

Ocorre que o mesmo fato gerador do peculato na instância criminal é passível de configurar ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito (Lei nº 8.429/92, art. 9º), o que, de acordo com o art. 12, I, pode acarretar para o agente ímprobo, sem nenhuma daquelas mitigações conferidas pelo sistema penal, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, quando houver, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, o pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.<sup>28</sup>

Situações como a exemplificada acima atestam que a esfera punitiva da

---

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

28 Outros exemplos nesse sentido podem ser construídos como o cotejo entre o crime de emprego irregular de verbas públicas (Código Penal, art. 315) e o ato ímprobo de influenciar para a irregular aplicação de verbas públicas (Lei nº 8.429/92, art. 10, XI) ou o confronto entre o crime de prevaricação (Código Penal, art. 319) e o ato ímprobo de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício (Lei nº 8.429/92, art. 11, II).

improbidade administrativa, embora extrapenal por força da Constituição e da lei de regência, está habilitada para infligir sanções cuja gravidade aflitiva extrapola, em certas ocasiões, a daquelas impostas pela esfera criminal, a qual é concebida juridicamente como a *ultima ratio* empregada pelo Direito, a face mais severa do *jus puniendi* estatal. De sorte que – é fácil concluir – se está diante de uma conjuntura paradoxal sob o aspecto sancionador.

Todavia, tal paradoxo jurídico é dissipado no âmbito da esfera da improbidade administrativa através do reconhecimento e recepção de alguns institutos e princípios afeitos ao Direito Público Punitivo (ou Sancionador) e que norteiam o poder punitivo do Estado, conferindo uma certa unidade e coerência no exercício desse poder. Quanto a este aspecto, Fábio Medina Osório (2005, p. 153) faz um esclarecimento valioso:

(...) o que se percebe é que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se valham invariavelmente das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum. (...) Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade.

Um desses pilares fundamentais que conferem sustentação e harmonia normativa ao Direito Punitivo como um todo é a noção de bem jurídico, assim como o papel desempenhado por tal categoria dogmática para balizar e avaliar a adequação e a legitimidade do exercício do poder punitivo pelo Estado, inclusive no campo jurídico de incidência da repressão aos atos de improbidade administrativa em razão da severidade das sanções passíveis de serem impostas aos agentes públicos infratores.



### 3 PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO BEM JURÍDICO

A Constituição de 1988 pôs fim a um período negro da história do Brasil durante o qual as mais vis e bárbaras atrocidades foram cometidas pelo Estado contra os cidadãos e seus direitos fundamentais através do exercício do poder punitivo estatal, frequentemente empregado com fim de resguardar a segurança nacional e de eliminar atos subversivos à ordem política e social então vigente<sup>29</sup>.

De sorte que o texto constitucional promulgado em 1988 e a ordem jurídica ali inaugurada foram concebidos tendo como um dos seus pilares de existência e legitimação um emprego do *jus puniendi* estatal conformado materialmente pelo respeito aos direitos fundamentais individuais e coletivos e pelo objetivo máximo de garantir uma sociedade onde os homens possam viver e conviver em paz e harmonia.

É num Estado Constitucional de Direito erigido normativa e institucionalmente sobre um fundamento desse cariz que a ideia de bem jurídico adquire *status* de conceito-chave para se compreender o sistema punitivo que é instrumentalizado por meio do Direito e que é colocado à disposição do Estado pela sociedade que o funda e estabelece.

#### 3.1 Bem jurídico-penal e suas funções

No Brasil, é através dos estudos elaborados no campo do Direito Penal que a noção de bem jurídico foi dogmaticamente melhor desenvolvida, a ponto de tal conceito ter sido agregado como peça elementar para a própria definição, sob uma ótica normativa, daquele ramo do direito, conforme ensinam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p.85):

---

<sup>29</sup> Cumpre ressaltar que de 05/09/1969 (edição do Ato Institucional nº 14) até 13/10/1978 (promulgação da Emenda Constitucional nº 11) houve previsão constitucional expressa no Brasil que autorizava a regulamentação, por meio de lei, da aplicação da pena de morte ou prisão perpétua para reprimir atos tidos como revolucionários ou subversivos. Trata-se do art. 153, § 11, da Constituição de 1969, curiosamente o mesmo dispositivo constitucional que previa a responsabilização para casos de danos ao erário ou enriquecimento ilícito em razão do cargo.

(...) o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor.

Assim, juridicamente está sediada no Direito Penal a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade se desenvolver de maneira segura, pacífica e livre, e que o legislador, como representante legítimo daquela, protegeu por meio da forma legal, impondo a quem os agride, dentre outras sanções, a mais severa das penas que o nosso ordenamento constitucional brasileiro admite: a restrição da liberdade.

O alcance do aspecto material desses bens jurídicos relevantes a serem tutelados necessita ser delimitado por contornos axiológicos e normativos seguros, a fim de que as muitas variáveis e condicionantes culturais, políticas e sociais que surgem e desaparecem em cada momento histórico de uma sociedade não façam da tutela jurídica um instrumento meramente simbólico e conveniente empregado pelo discurso do poder dominante<sup>30</sup>. E no paradigma do Estado Constitucional de Direito os riscos de uma relativização desmesurada e inadequada do núcleo formador dos bens jurídicos tidos como proeminentes pelo sistema social são contidos e harmonizados por meio da Constituição, sobretudo através do catálogo de direitos fundamentais nela consagrados e toda a carga valorativa que impregna tais preceitos normativos.

(...) a especial contingência desse conceito [de bem jurídico] exige sua vinculação a uma ordem de valores ínsitas na Constituição, como *prima principia*, sob pena de sua eventual perversão ou manipulação ideológica.

(...)

A Constituição, sobretudo em uma sociedade democrática, há de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal – reduzido às margens da estrita necessidade – como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais, amplamente considerados. (PRADO, 2009, p. 88).

No tocante ao sistema jurídico penal, Luiz Regis Prado (2009, p. 50-51) identifica quatro funções específicas desempenhadas pelo bem jurídico. A primeira delas (função limitadora) consiste em limitar materialmente o direito de punir do Estado no sentido de que o legislador somente deve tipificar por meio do processo legislativo aquelas condutas que realmente sejam capazes de lesionar ou colocar em perigo os bens jurídicos tutelados (*nullem crimen sine injuria*). A segunda função

---

30 Para uma análise da função simbólica que o sistema jurídico exerce, ver NEVES (2007, p. 177).

(função interpretativa) diz respeito ao papel interpretativo ou teleológico que o conceito de bem jurídico exerce no processo de aplicação do direito e por meio do qual se condiciona o sentido e o alcance das normas e tipos penais à finalidade que se almeja alcançar através da proteção jurídica conferida a determinado bem. Uma terceira função (função individualizadora) dos bens jurídicos está em servir de “critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico”. Por fim, os bens jurídicos desempenham a função de balizarem a sistematização e a classificação tipológicas das infrações penais, pois é por meio deles que se identifica e concebe o “núcleo material dos injustos” (função sistemática).

Na seara criminal, a tutela dos bens jurídicos por este ramo do Direito é orientada e delimitada por dois princípios fundamentais. Pelo princípio da intervenção mínima, impõe-se que o poder sancionador estatal exercido por meio do Direito Penal seja a *ultima ratio* punitiva, ou seja, ele somente poderá atuar de maneira legítima se a proteção jurídica outorgada pelos demais ramos do Direito (tutelas extrapenais) ao bem jurídico atingido tiver se mostrado ineficaz ou insuficiente, a fim de que não ocorra uma banalização do processo criminalizador através da atividade legislativa. A respeito desse princípio, Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 14) sintetiza dessa forma:

Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.

Corolário do princípio da intervenção mínima é o chamado princípio da fragmentariedade, por meio do qual se destaca o caráter fragmentário do Direito Penal, no sentido de que ele somente se ocupa de reprimir as condutas lesivamente mais graves cometidas contra os bens jurídicos mais relevantes. De modo que não será qualquer ação contra um bem jurídico significativo que sofrerá as duras consequências da repreensão criminal e nem será qualquer bem jurídico que será tutelado através da *ultima ratio* punitiva do Estado.

Os dois princípios jurídicos citados exercem no âmbito criminal a importante função de elevar a coerção penal como ponto central para uma diferenciação minimamente ontológica e funcional do direito penal em relação aos outros ramos jurídicos, pois é por meio dela que se busca alcançar a pacificação e a reparação

sociais quando as demais medidas preventivas e repressivas ordinárias do Direito são incapazes de prover a segurança jurídica, pois “Todo o direito provê a segurança jurídica, mas só o direito penal a realiza com a coerção penal” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 98).

Destarte, se por um lado tem-se que a fragmentariedade e a intervenção mínima constituem ferramentas principiológicas imprescindíveis para se fixar o alcance da tutela penal de um bem jurídico relevante, por outro lado não se pode olvidar que um mesmo bem jurídico pode ser objeto de proteção por várias outras instâncias jurídicas além da penal, o que inarredavelmente acarretará a infligência de alguma forma de medida punitiva em face de ações lesivas a tal bem nestas outras esferas. De sorte que aquelas funções apontadas por Luiz Regis Prado a serem desempenhadas pelo bem jurídico no sistema sancionador penal são plenamente acolhidas e necessárias para a operacionalização constitucionalmente adequada das instâncias punitivas extrapenais, sobretudo quando se leva em consideração, conforme já apontado neste trabalho, que não é incomum estas outras esferas reprimirem os atos ilícitos com punições mais severas do que aquelas atribuídas pelo campo criminal.

Não é porque o legislador formalmente cobriu determinado bem jurídico com o manto da tutela penal que certos institutos e funcionalidades desenvolvidos no âmbito do Direito Penal relacionados àquele conceito jurídico-dogmático deixarão de ser empregados pelos demais ramos do Direito que de alguma forma integrem o conjunto normativo denominado Direito Punitivo e que também possuem atribuições jurídicas de proteger o mesmo bem, sobretudo quando se entende por bem jurídico as “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, 2009, p. 18-19), definição esta plenamente apropriada para o Estado republicano brasileiro, que, segundo o Pacto Constitucional de 1988, se encontra fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e que tem como objetivos fundamentais constituir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos (art. 3º, I e IV).

Fernando Capez (2010, p. 192) destaca este aspecto dos sistemas punitivos extrapenais por meio de uma indagação cuja resposta está esculpida na Constituição:

Uma vez verificado que o enquadramento formal do ilícito em um determinado diploma legal extrapenal, cujas penas imponham, tal como as sanções penais, as mesmas restrições, os mesmos gravames, aos direitos individuais do cidadão, constitui mero critério de política criminal, questiona-se se referido formalismo jurídico poderá ter o condão de afastar as linhas garantistas do direito penal constitucional (presunção legal da inocência, princípio da responsabilidade subjetiva, da dignidade da pessoa humana etc.), sob pena de grave violação aos postulados maiores do Estado Democrático de Direito.

Assim, do cotejo entre os sistemas jurídicos punitivos estabelecidos pela Lei de Improbidade Administrativa e pelo Código Penal constatam-se situações várias que se adequam com precisão ao raciocínio desenvolvido acima: bens jurídicos relevantes protegidos em ambas as esferas, mas cujas reprimendas sancionatórias ostentam desproporcionalidade aflitiva gritante em desfavor da instância penal<sup>31</sup>.

Essa contradição normativo-sancionadora constatável no sistema jurídico brasileiro de repressão à corrupção pública mostra-se aparente a partir do momento em que se compreende a probidade administrativa como um bem jurídico tutelado de forma muito específica pela Constituição de 1988, o que exigirá que se promova uma análise permeada pela juridicidade constitucional do referido bem e dos tipos de atos de improbidade administrativa delineados formalmente pela Lei nº 8.429/92, assim como uma verificação *in concreto* da relevância material da lesão ou perigo proporcionados pelo ato tido como ímprobo contra o bem jurídico “probidade administrativa”.

### **3.2 Probidade administrativa e seu reconhecimento como bem constitucional**

Quando se analisou neste trabalho o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988<sup>32</sup>, verificou-se que o referido dispositivo constitucional inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao prever a punibilidade dos atos de improbidade administrativa, ao apontar as sanções mínimas que deveriam ser infligidas aos infratores e ao determinar a regulamentação da forma e da gradação destes aspectos por meio de lei.

---

31 Ver alguns exemplos apontados na nota de rodapé nº 26 supra.

32 Ver tópico 2.3 supra – Matriz constitucional da improbidade administrativa

Ocorre que tais elementos do ato ímprobo explicitados positivamente no texto da Constituição são consectários da constitucionalização da probidade administrativa como um princípio jurídico dotado de normatividade e do reconhecimento constitucional da probidade administrativa como um bem jurídico a ser tutelado pelo Direito, a começar pelo próprio programa normativo constitucional.

Observa-se, então, que pela atual ordem constitucional a probidade administrativa configura tanto um princípio jurídico que fecunda<sup>33</sup> substancialmente o conteúdo das demais normas que compõem o ordenamento jurídico (leis, decretos, portarias, resoluções ou qualquer outro tipo de ato jurídico estatal), como um bem jurídico imaterial de elevado e fundamental valor para a sociedade brasileira e que necessita ser protegido pelo Direito contra ataques ou lesões efetivas.

A respeito destas duas categorias jurídicas da probidade administrativa, José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 246) assim elucida:

Na seara punitiva, o bem jurídico não exerce função normativa principiológica, mas função de *balizador ou calibrador axiológico* (material, portanto) da atividade punitiva, normativa e individualizadora, erigida como instrumento de sua proteção. O Direito cria suas realidades categoriais a fim de assegurar sua operatividade na vida social. No caso, *probidade-princípio* e *probidade-bem jurídico* são realidades normativas diferentes, apesar da presença do mesmo valor, no plano da axiologia.

Este aspecto é da mais alta relevância jurídica, pois assinala que a escolha e a elevação da probidade administrativa a bem juridicamente tutelado não decorreu de um processo legislativo ordinário, como ocorre com a maior parte dos bens protegidos pelo Direito Penal, mas sim do próprio poder constituinte originário. De sorte que pela própria Constituição se encontra definido o único bem jurídico que deverá sistematizar, limitar e mediar a tipificação e o sancionamento na esfera punitiva da improbidade administrativa (OLIVEIRA, 2009, p. 238).

Por ter se protegido constitucionalmente a honestidade no exercício das funções públicas<sup>34</sup>, tal bem jurídico exerce sobre o sistema punitivo extrapenal destinado a tutelá-la as mesmas funções que tal categoria dogmática desempenha na esfera criminal. Assim, a probidade administrativa exercerá função limitadora ao impedir que o legislador tipifique como ímprobos aqueles atos que não ofereçam

---

33 Trata-se de expressão empregada por Domenico Farias, citado por Paulo Bonavides (2004, p. 274).

34 Fábio Medina Osório (2009, p. 258) entende que o que se pretendeu evitar com o art. 37, §4º, da Constituição de 1988 foi algo mais amplo: a má gestão pública. Contudo, em outra passagem do mesmo texto (2009, p. 243), o autor afirma que a desonestidade funcional dos homens públicos é uma das piores facetas da má gestão pública, o que acaba por dar um contorno mais específico à proteção constitucional ora analisada.

perigo ou não lesem o referido bem jurídico, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade<sup>35</sup>.

Também a função interpretativa é exercida pela probidade administrativa, no sentido de que em todo processo de aplicação das normas repressivas aos atos ímprobos o operador do direito deve perquirir se tal ato atingiu o núcleo material abrigado pelo bem jurídico em questão.

Por sua vez, a função individualizadora da probidade administrativa exige que o nível de gravidade da lesão ou do perigo infligido pelo ato tido como ímprobo seja levado em consideração por ocasião da dosimetria das sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Esta função somente é devidamente exercida se houver um efetivo processo de tipificação material – e não somente formal – da improbidade administrativa que contemple uma avaliação dos graus de lesividade/periculosidade da conduta ímproba e de danosidade do resultado por ela causado<sup>36</sup>.

Finalmente, a probidade administrativa desempenha uma função sistemática ao servir de prumo axiológico-normativo a ser observado pelo legislador na estruturação dos tipos de atos de improbidade administrativa e das sanções a serem impostas aos agentes públicos ímprobos, a fim de que o valor do bem jurídico constitucional seja projetado no conteúdo da tipificação legal sistematizada. Este importante aspecto funcional da probidade administrativa se manifesta de forma clara nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 e será analisado mais detidamente no tópico seguinte.

Atribuir à probidade administrativa a categoria de bem jurídico é uma decorrência inevitável da proclamação do direito fundamental à boa administração pública pela atual Constituição, direito este implícito, mas cuja essência normativa emana de vários dispositivos constitucionais, conforme mencionado no tópico 1.3 deste trabalho.

Ocorre que tal bem jurídico não pertence à esfera de titularidade de um

---

35 Para José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 239), este seria o motivo pelo qual o art. 11, IV, da Lei nº 8.429/92 (“negar publicidade aos atos oficiais”) seria inconstitucional. *Data venia*, não se pode concordar com o referido autor, pois a publicidade é condição indispensável para o fomento da probidade administrativa, sobretudo nos procedimentos licitatórios (STJ, Resp 615.432/MG, j. 02/06/2005), além de ser um dos principais instrumentos empregados pelos cidadãos para realizar o controle social do exercício da função administrativa pelos agentes públicos.

36 Pela nova redação do *caput* do art. 12 da Lei 8.429/92, promovida pela Lei nº 12.120, de 15/12/2009, a gravidade do fato é elemento indispensável a ser considerado na aplicação das penas ali descritas, o que já vinha sendo afirmado em reiteradas decisões do STJ mesmo antes da referida mudança legislativa (REsp 1.113.200/SP, j. 08/09/2009; REsp 892.818/RS, j. 11/11/2008; REsp 622.234/SP, j. 01/10/2009).

indivíduo em particular, mas está para além deste, integrando o interesse coletivo de toda a sociedade, o que, segundo Luiz Regis Prado (2009, p. 97), permite classificá-lo como um bem jurídico metaindividual de caráter institucional, pois o que finalisticamente se busca proteger é a Administração Pública<sup>37</sup>. Observa-se, assim, que há um círculo virtuoso entre a tutela jurídica da probidade administrativa como um bem jurídico e o direito fundamental à boa administração pública.

### **3.3 Variações da probidade administrativa tuteladas pela Lei nº 8.429/92**

Já foi visto que a Lei nº 8.429/92 assentou a tipologia dos atos de improbidade administrativa em três espécies: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Além disso, no art. 12 foram estabelecidas as sanções que podem ser cominadas ao agente público ímprobo e os níveis de gradação punitiva de acordo com a gravidade do ato de improbidade administrativa cometido.

Fábio Medina Osório (2007, p. 186) acertadamente indica que a Lei de Improbidade Administrativa insere-se no conceito moderno de “Código”, originário do direito anglo-saxônico, no sentido de representar um ideal de racionalização temática e melhor identificação de um conjunto de normas que almeja apontar soluções jurídicas mais diretas e objetivas às questões hipoteticamente ali codificadas. De sorte que no direito brasileiro a Lei nº 8.429/92 representa um código geral de conduta dos agentes públicos, prescrevendo determinadas sanções a serem impostas àqueles que o transgridam. Complementando o ensinamento do mestre gaúcho, é importante destacar que a Lei de Improbidade Administrativa configura, em verdade, um código negativo de condutas para os agentes públicos brasileiros, haja vista que as ações ali descritas representam exatamente

<sup>37</sup> Posição semelhante é defendida por Claus Roxin (2009, p. 17), fazendo menção ao sistema penal, mas que é perfeitamente ajustável à esfera punitiva da improbidade administrativa: “(...) o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (...), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre da corrupção etc.)”.



comportamentos que não se esperam de um agente público.

Com a probidade administrativa assentada constitucionalmente como um bem jurídico, é essencial perceber que as três categorias de atos ímprobos tipificadas na Lei nº 8.429/92 estão conteudisticamente conformadas pela matriz axiológica que foi protegida pela Constituição, de maneira que cada uma das espécies legais de improbidade administrativa está permeada por uma variação material específica daquele bem mais genérico situado na sede constitucional.

Identificando quais seriam tais variações axiológicas impressas nos atos ímprobos categorizados na Lei nº 8.429/92 a partir do desdobramento do bem jurídico “probidade administrativa”, José Roberto Pimenta Oliveira (2009, pp. 182) aponta que no art. 11 os tipos ali descritos são norteados pelo cumprimento dos deveres de lealdade às instituições e imparcialidade; já no art. 10, o objeto protegido recai sobre o zelo na gestão do patrimônio público; e, por fim, através do art. 9º busca-se amparar a honestidade devida pelos agentes públicos no desempenho da função administrativa.<sup>38</sup>

A classificação e a categorização desenvolvidas quanto ao tema pelo referido autor em sua tese de doutorado (OLIVEIRA, 2009, p. 249-271) servirão de suporte teórico neste trabalho para se compreender como a probidade administrativa – na condição de bem jurídico tutelado – (1) penetra na tipificação formal dos atos ímprobos promovida pelo legislador ordinário e (2) constitui um elemento indispensável a ser examinado pelo aplicador do direito quando, diante de um caso concreto, se ver na necessidade de proceder à tipificação material de um ato hipoteticamente ímprobo.

### **3.3.1 Art. 9º: Honestidade no exercício da função pública**

O art. 9º inaugura o sistema tipológico da Lei nº 8.429/92 com as espécies tidas como mais graves, sobretudo sob o aspecto punitivo (art. 12, I), e abarca os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito do agente público em razão do exercício do cargo, emprego, mandato ou função em que se encontra

---

<sup>38</sup> O Superior Tribunal de Justiça já afirmou que “para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma [Lei nº 8.429/92], é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial” (REsp 480.387/SP, j. 16/03/2004).

investido. Os tipos formais estão assim dispostos:

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

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

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

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

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

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

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

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

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

À exceção dos tipos descritos na parte final do inciso V (aceitar promessa de vantagem indevida) e no inciso VII (adquirir bens de valor incompatível com o patrimônio ou renda)<sup>39</sup>, em todas as demais hipóteses – inclusive a do *caput* – se

39 Incluídas no art. 9º por política legislativa, tais espécies de atos ímprobos configuram tipos autônomos em relação ao *caput* e demais incisos, pois o inc. V, *in fine*, trata de aceite de promessa (todos os demais dispositivos tratam do efetivo recebimento ou aquisição de vantagem) e o inc. VII reprime a obtenção de bens sem lastro proporcional na evolução do patrimônio, independente de qualquer conduta do agente relacionada ao exercício da função pública, condição prevista no *caput*.

verifica uma unidade material em torno da repressão à desonestidade dos agentes públicos no desempenho das atividades administrativas (OLIVEIRA, 2009, p. 251), que somente são exercidas por aqueles em troca da percepção de algum tipo de retribuição de natureza patrimonial.

O termo “notadamente”, empregado pelo legislador ordinário ao final do *caput* do art. 9º, denota que as situações descritas nos incisos seguintes constituem especialidades comportamentais daquela conduta genérica de improbidade administrativa apontada no *caput*, o que foi feito com o objetivo de conferir maior precisão semântica e operacionalidade normativa ao aplicador do direito por ocasião da concretização daquelas normas. Essa opção de redação legislativa – que se repete também nos *capita* dos arts. 10 e 11 – faz com que grande parte da doutrina enxergue o rol de incisos dos referidos artigos como um conjunto meramente exemplificativo de atos ímprobos<sup>40</sup>. Tal posição doutrinária não é muito apropriada, haja vista a técnica de tipificação formal utilizada na Lei nº 8.429/92 para caracterizar as formas de improbidade administrativa e o severo sistema punitivo estruturado para reprimir esse ilícito (art. 12), coadunando-se mais adequadamente com estes aspectos da referida lei a compreensão das condutas hipotéticas ali indicadas como tipos específicos (incisos) e tipos genéricos (*capita*), e não aqueles como singelos exemplos destes<sup>41</sup>.

Os atos de improbidade administrativa tipificados no art. 9º – à exceção dos dois tipos citados – configuram atos de corrupção econômica por excelência, por meio dos quais os agentes públicos fazem uso indevido do seu ofício público e da estrutura estatal a que têm acesso, em favor de algum ganho privado com o objetivo de se enriquecerem, o que acaba por enfraquecer a confiabilidade, a justiça e a legitimidade da Administração Pública e do sistema político como um todo (ROSE-ACKERMAN, 1996, p. 83).

É por isto que nesta espécie de improbidade administrativa não tem a menor relevância se o ato acarretou ou não um prejuízo ao patrimônio público. Pode até ser que o erário tenha sofrido algum acréscimo patrimonial – ainda que por prestações negativas – em razão do ato ímprobo praticado pelo agente público que tenha adquirido a vantagem indevida. Basta imaginar a situação hipotética em que um

40 Defendendo o caráter exemplificativo das situações descritas nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11: GARCIA; ALVES (2008, p. 230), MARTINS JÚNIOR (2009, p. 207), CAPEZ (2010, p. 289), MARTINS (2009, p. 262), DI PIETRO (2008, p. 780), JUSTEN FILHO (2009, p. 887) e CARVALHO FILHO (2008, p. 948).

41 Nesse sentido: OSÓRIO (2007, p. 259), BERTONCINI (2007, p. 209) e OLIVEIRA (2009, p. 252).

pregoeiro tenha recebido propina para favorecer determinada empresa em um procedimento licitatório e que coincidentemente a proposta apresentada por tal pessoa jurídica corruptora tenha sido a mais vantajosa dentre todas as outras empresas que participaram do certame, mas que não se envolveram no conluio fraudulento.

Não se olvida que a realização de algumas das condutas ímprobas descritas nos incisos do art. 9º necessariamente acarretarão danos ao erário, ao mesmo tempo em que gerarão enriquecimento ilícito ao agente público, como se observará por ocasião da utilização de materiais, bens ou servidores públicos na execução de serviço particular de interesse do agente ímprobo (inciso IV) ou a contratação de serviços por valor superior ao de mercado mediante o recebimento de vantagem econômica indevida (inciso II).

Não se pode perder de vista que o elemento nuclear para caracterizar materialmente a desonestidade no exercício da função pública repelida pelo art. 9º será a ação do agente público de auferir algum benefício econômico ilícito<sup>42</sup>. Assim, independente de o patrimônio público não ter sofrido nenhuma diminuição, o agente público, ao perceber para si ou para terceiros algum tipo de vantagem patrimonial que não integre a regular remuneração pelo exercício da sua capacidade laborativa ou a parcela daqueles benefícios correlatos a tal atividade<sup>43</sup> e que tenha relação de causalidade com o cargo ou função pública que ocupa, estará contribuindo para a debilitação do direito fundamental à boa administração pública através de uma conduta corrompida por aspectos econômicos que promoveram benesses tão-somente na sua esfera privada e que atesta que para aquele agente público os seus interesses particulares sobrepõem-se ao público.

### **3.3.2 Art. 10: Zelo na gestão do patrimônio público**

Por meio do art. 10 são tipificados os atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, os quais, de acordo com a disposição elaborada pelo legislador no art. 12, II, constituem aqueles considerados de gravidade média, que

<sup>42</sup> Ou aceitar a promessa de receber tal vantagem, no caso da parte final do inciso V, ou, ainda, possuir patrimônio a descoberto (inciso VII).

<sup>43</sup> Por exemplo, utilização de veículo oficial, telefone celular da repartição, imóveis funcionais etc.

estão assim descritos:

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII - frustrar a licitude processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Seguindo a decomposição do bem jurídico da “probidade administrativa” nos artigos da Lei nº 8.429/92, tem-se que por meio do art. 10 o legislador ordinário objetivou tutelar o zelo na gestão do patrimônio público<sup>44</sup>, de modo que este não sofra ofensas decorrentes de condutas praticadas pelos agentes públicos (OLIVEIRA, 2009, p. 254).

<sup>44</sup> Para uma análise da amplitude do conceito de erário empregado pela Lei nº 8.429/92, ver tópico 2.4.1 supra.

O fundamento para a existência do Estado está assentado na insuficiência do ser humano em satisfazer, por si só, todas as necessidades que decorrem de sua inafastável essência gregária. Não é por outro motivo que o homem institui o ente estatal e o instrumentaliza com todo o ferramental necessário para organizar as relações sociais e satisfazer as necessidades públicas que emergem destas relações, tarefas estas que serão realizadas por meio de serviços públicos cuja prestação será efetivada pelos órgãos – em sentido lato – que compõem o Estado, os quais, por sua vez, são constituídos pelos próprios homens, que ali serão investidos em cargos com atribuições administrativas definidas (agentes públicos). Assim, em apertada síntese, fecha-se o círculo da relação “homem x Estado”. Contudo, a máquina estatal necessita de “combustível” para entrar e se manter em funcionamento, o que leva a sociedade formada pelos homens a entregar ao Estado parcela dos bens e valores materiais e imateriais a ela pertencentes (patrimônio público), acervo este que deverá ser adequada e zelosamente gerido, tutelado, preservado e aplicado pelo Estado, sempre objetivando a satisfação de algum interesse público daquela sociedade. É nesse contexto que se situa a vinculação entre o agente público e o patrimônio público.

A correta identificação daquilo que é juridicamente protegido pelo art. 10 assinala que a deflagração e a consumação de alguma das hipóteses de atos de improbidade administrativa previstas no dispositivo em comento exigem que ocorra uma ofensa à diligência exigida do agente público no trato da *res publica*, e não simplesmente um dano material e efetivo de natureza financeira ao erário, como recorrentemente é sustentado pela doutrina<sup>45</sup> e pela jurisprudência<sup>46</sup>. Essa observação é da mais alta relevância para que não se conclua erroneamente que o bem tutelado pelo art. 10 seja o patrimônio público em si, pois o objetivo do referido preceito legal foi conceder proteção jurídica a uma variação axiológica específica da probidade administrativa, o que recaiu normativamente sobre o *zelo na gestão* do patrimônio público, e não sobre o próprio patrimônio público, que ontologicamente em nada se assemelha com a probidade administrativa.

É em razão desse aspecto normativo do art. 10 que se explica porque em seus incisos se verificam várias situações ali tipificadas que não tem o condão de

---

45 JUSTEN FILHO (2009, p. 888), BERTONCINI (2007, p. 202), CARVALHO FILHO (2008, p. 949), CAPEZ (2010, p. 310) e OSÓRIO (2007, p. 425).

46 REsp 969.948/RS (j. 03/11/2009), REsp 942.074/PR (j. 03/11/2009), REsp 805.080 (j. 23/06/2009), REsp 1.040.814/SC (j. 18/06/2009), REsp 285.305 (j. 20/11/2007) e REsp 678.115/RS (j. 06/11/2007).

acarretar nenhuma lesão concreta e imediata ao erário tão-somente com a sua ocorrência no mundo fático, como aquelas descritas nos incisos VI, parte final (aceitar garantia insuficiente ou inidônea), VIII (frustrar a licitude processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente) e X, primeira parte (agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda). Não obstante, é indiscutível que a prática de qualquer um dos citados atos pelo agente público cria uma situação de perigo ao bem jurídico protegido pela norma, periculosidade esta que deverá ser concreta (e não meramente abstrata), o que exigirá que se comprove que o ato do agente colocou em risco o zelo e a boa administração que deveria exercer para com o patrimônio público.

Diferentemente ocorre com outras condutas típicas descritas no art. 10, como as dos incisos I (facilitar a incorporação de bens públicos por particulares), III (doar irregularmente bens públicos), VII (conceder irregularmente benefícios administrativos ou fiscais) e IX (ordenar irregularmente realização de despesa), cujas concretizações pelos agentes públicos ímprobos também consubstanciarão ataques graves ao zelo na gestão do patrimônio público (bem jurídico protegido pelo preceito legal em tela), mas que, além disso, necessariamente importarão em prejuízos ao erário.

De sorte que uma análise mais acurada do rol de ilícitos tipificados no art. 10 da Lei nº 8.429/92, sob a ótica da variante da probidade administrativa por ele tutelada, autoriza concluir que constam ali hipóteses de *atos ímprobos de dano* e de *atos ímprobos de perigo concreto*, classificação oriunda da dogmática penal e empregada naquele ramo do Direito para identificar as modalidades como um ilícito pode atingir o bem jurídico protegido pela norma.

Crime de *dano* é aquele para cuja consumação é necessária a superveniência da lesão efetiva do bem jurídico. (...) Crime de *perigo* é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. (...) O perigo, nesses crimes, pode ser *concreto* ou *abstrato*. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. (...) O perigo *abstrato* é presumido *jure et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa. (BITENCOURT, 2009, p. 224).

É por isso que também não procede a posição de parte da doutrina<sup>47</sup> no sentido de que haveria um dano presumido na realização daquelas condutas descritas pelo art. 10 por meio das quais se aponta como ímprobo um agir

47 MARTINS (2009, p. 275) e, quanto aos tipos descritos nos incisos, MARTINS JÚNIOR (2009, p. 250).

administrativo que não seguiu o procedimento estipulado em lei (incisos VI, VIII e XI, por exemplo), pois, mais uma vez, está havendo um desvio do foco protetivo que emana da norma em questão: tira-o do zelo na gestão da *res publica* e coloca-o sobre o patrimônio público em si. De modo que, em todas as hipóteses do art. 10 que comportariam o chamado “dano presumido”, este aspecto é totalmente irrelevante para se aferir a ocorrência de ofensa ao bem jurídico tutelado, pois o que interessa é se a conduta praticada pelo agente público foi desvaliosa o suficiente para, concretamente, oferecer um perigo ou uma lesão à boa diligência do patrimônio público.

Todo este cenário tipológico-normativo analisado permite afirmar que pode haver ofensa ao art. 10 da Lei nº 8.429/92 sem que ocorra uma lesão patrimonial efetiva (OLIVEIRA, 2009, p. 257), pois este aspecto é condição de violação do bem jurídico tutelado apenas para algumas das condutas tipificadas no mencionado artigo legal.

### **3.3.3 Art. 11: Lealdade às instituições e imparcialidade do agente público**

Finalmente chega-se à categoria dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, aos quais foram atribuídas as sanções mais brandas do sistema punitivo da Lei nº 8.429/92 (art. 12, III), o que os leva a serem considerados o de menor gravidade. A lei os classificou da seguinte forma:

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.



A variação da probidade administrativa tutelada por meio do referido dispositivo já está indicada na própria redação do *caput* e recai sobre (1) a lealdade às instituições e (2) a imparcialidade (OLIVEIRA, 2009, p. 263), deveres funcionais cujos cumprimentos são exigidos do agente público no desempenho das suas funções e atribuições. É relevante que sejam identificados estes dois bens jurídicos específicos protegidos pela norma, a fim de que não se incorra no equívoco – repetidamente cometido pela doutrina<sup>48</sup> e jurisprudência<sup>49</sup> brasileiras – de inferir que o art. 11 da Lei nº 8.429/92 considera improbidade administrativa a violação de qualquer princípio da Administração Pública. Não é isto o que o preceito legal dispõe ou almeja.

Não se pode olvidar que o artigo 11, juntamente com os arts. 9º, 10 e 12 da Lei nº 8.429/92, é parte integrante de um completo sistema jurídico punitivo, onde os três primeiros artigos citados compõem o descritor normativo (tipos de ilícitos) e o último forma o prescritor normativo (sanções). E se houve a estruturação de um aparato jurídico-normativo sancionador por meio do disposto no art. 11 combinado com o art. 12, III, é porque há bens de especial valor para a sociedade que são objeto de proteção jurídica pela referida norma.

No caso do dispositivo legal ora analisado, a lealdade às instituições e a imparcialidade no exercício das competências funcionais são os bens jurídicos passíveis de serem atacados por meio dos atos de improbidade administrativa apontados hipoteticamente no art. 11, e não os próprios princípios da Administração Pública; em qualquer sistema punitivo instituído pelo Direito, o agente infrator não se desfere ofensa à norma jurídica em si, e sim ao bem jurídico protegido por ela. José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 262) alerta para esta questão:

(...) destoa da norma constitucional [art. 37, §4º] qualquer leitura que pretenda equiparar *atos de improbidade administrativa a condutas ofensivas a quaisquer princípios da Administração Pública, ou condutas ofensivas ao princípio da legalidade*. Primeiro, porque atividade punitiva não se dirige a concretização de princípios, mas de bens jurídicos. Segundo, porque atividade punitiva pressupõe fixação de aludidos bens jurídicos, sob pena de quebra de estrutura lógica de certo regime sancionatório.

Tese similar é sustentada por Marçal Justen Filho (2009, p. 891), ao afirmar que “a ofensa à honestidade, à imparcialidade, à legalidade ou à lealdade somente

48 MARTINS (2009, p. 298), CAPEZ (2010, p. 289), MARTINS JÚNIOR (2009, p. 280), GARCIA; ALVES (2008, p. 258), CARVALHO FILHO (2008, p. 951), DI PIETRO (2008, p. 765).

49 REsp 1.036.229/PR (j. 17/12/2009), REsp 1.074.090/RS (j. 17/11/2009), REsp 875.163/RS (j. 19/05/2009), REsp 895.530/PR (j. 18/11/2008), REsp 772.241/MG (j. 15/04/2008) e REsp 1.011.710/RS (j. 11/03/2008).

adquire relevância para efeito do art. 11 quando se evidenciar como um meio de realização de objetivos ímprobos. E a improbidade tem relacionamento, sempre, com valores e questões materiais”.

Fábio Medina Osório (2007, p. 275) é ainda mais incisivo na crítica que faz à tese predominante e errônea de que os atos de improbidade administrativa previstos no art. 11 atentariam diretamente os princípios da Administração Pública:

Não pode existir improbidade administrativa por meio da violação direta das normas da própria LGIA [Lei Geral de Improbidade Administrativa]. Se aceitássemos tal hipótese, estaria aberta a via de uma insegurança jurídica. Os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle de validade dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da Lei Federal 8.429/92.

A percepção adequada de que a proteção jurídica promovida pelo art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa é voltada para a lealdade às instituições e a imparcialidade no exercício das competências funcionais esclarece o porquê de que a simples e isolada ilegalidade de uma conduta praticada por um agente público não pode ser enquadrada de imediato e automaticamente como ato ímprobo com base no *caput* do referido artigo. Embora o termo “legalidade” esteja ali transcrito expressamente e em que pese ser a sua permanente e obrigatória observância um dever inafastável decorrente da relação especial de sujeição a que se submete todo agente público, um ato ilegal só se reveste com o manto da improbidade administrativa se ofender de forma incisiva e concreta um dos bens jurídicos albergados pela Lei nº 8.429/92, ou seja, há de ser um ato ilegal improbamente qualificado pela sua ofensividade.

Entendimento contrário exigiria que se acionasse o sistema sancionatório da referida lei em face de todo e qualquer ato minimamente desconforme com a legalidade ou irregular que fosse praticado por um agente público, o que acarretaria o completo esvaziamento da superioridade axiológica da própria probidade administrativa, elemento nuclear da sua elevação à categoria de bem jurídico pela ordem constitucional e pela sociedade que a legitima.

Mateus Bertoni (2007, p. 168) chancela posicionamento de igual teor a respeito da inadmissibilidade de se generalizar a classificação de “ímprobo” a todo e qualquer ato ilegal:

(...) o princípio da legalidade é um dos fundamentos do binômio legalidade/interesse público que ilumina toda a Administração Pública do Estado Democrático de Direito. Essa totalidade é de tal magnitude que todo o agir administrativo, por mais singelo que seja, sempre será informado

formal e materialmente por esse princípio.

(...)

É um exagero imaginar que qualquer ilegalidade possa ser causa de improbidade administrativa, conforme se induz de uma interpretação gramatical da linguagem prescritiva do *caput* do art. 11. A ilegalidade por si só não é causa de ato de improbidade administrativa. O que é causa de ato dessa natureza é a ilegalidade que viola a honestidade, a imparcialidade e a lealdade às instituições.<sup>50</sup>

Por fim, cumpre observar que a lealdade às instituições e a imparcialidade no exercício das competências funcionais são bens jurídicos tutelados não só pelo art. 11, como também pelos arts. 9º e 10, haja vista serem elementos integrantes da probidade administrativa genérica prevista na Constituição. Contudo, essa constatação não faz da proteção jurídica que emana do art. 11 àqueles bens um instrumento normativo que seria imprestável em razão de uma suposta repetição e redundância por parte do legislador ordinário na categorização e tipificação tripartite dos atos de improbidade administrativa que foi elaborada por meio da Lei nº 8.429/92.

Pelo contrário, o que se objetivou através da estruturação dessa terceira categoria de atos ímprobos foi dar máxima efetividade normativa ao anseio constitucional insculpido no art. 37, § 4º, de amparar juridicamente a probidade administrativa, cujo observância e proteção compõem um dos pilares sobre os quais se sustenta o direito fundamental à boa administração e um dos objetivos a serem incessantemente perseguidos pelos governos no paradigma do Estado Constitucional de Direito contemporâneo.

Assim, uma interpretação sistemática e teleológica dos três artigos legais que tipificam formalmente a improbidade administrativa proporciona a compreensão que os tipos arrolados nos arts. 9º (atos que importam enriquecimento ilícito) e 10 (atos que causam prejuízo ao erário) possuem contornos próprios de especificidade fática e gravidade ofensiva que estão ausentes nos tipos apontados no art. 11 (atos que atentam contra os princípios da Administração Pública), estes mais genéricos.

De sorte que, na apreciação de um caso concreto, se um ato tido como ímprobo não se adequar tipicamente a nenhuma das hipóteses descritas nos arts. 9º e 10, ainda assim restará ao operador do direito a possibilidade de enquadrar o ato em uma das formas típicas arroladas pelo art. 11, caso se constate a real ofensividade da conduta aos bens jurídicos mais genéricos por ela tutelados. Essa a

---

<sup>50</sup> Quanto a esse aspecto, há certo consenso doutrinário: JUSTEN FILHO (2009, p. 890), MARTINS JÚNIOR (2009, p. 286), CAPEZ (2010, p. 294), OLIVEIRA (2009, p. 269) e OSÓRIO (2007, p. 393).

razão pela qual o art. 11 da Lei nº 8.429/92 é considerado uma norma de reserva (GARCIA; ALVES, 2008, p. 259), norma residual (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 285; MARTINS, 2009, p. 299; GARCIA, 2004, p. 265) ou tipo subsidiário (OLIVEIRA, 2009, p. 266) em relação aos arts. 9º e 10.

### **3.4 Tipificação material do ato de improbidade administrativa**

Do exposto até aqui, viu-se que por meio da Lei nº 8.429/92 foi feita uma classificação tripartite dos atos ímprobos através da tipificação formal de determinadas condutas proibidas (tipos) que revelam hipoteticamente significativo potencial ofensivo contra a probidade administrativa, bem jurídico maior tutelado pelo sistema punitivo estruturado pela referida lei e que sofreu variações axiológicas específicas a partir da mencionada tipificação legal: (1) por meio do art. 9º, almeja-se resguardar a honestidade devida pelos agentes públicos no desempenho da função administrativa; (2) o art. 10 tem em mira a proteção ao zelo na gestão do patrimônio público; e (3) através do art. 11 busca-se defender a lealdade às instituições e a imparcialidade no exercício das competências funcionais.

Entre tipo e bem jurídico se forma uma relação quase que de existencialidade mútua, pois o acolhimento, pelo Direito, de determinado valor significativo para a sociedade (bem jurídico) impõe que o próprio ordenamento jurídico necessariamente aponte quais os atos e comportamentos que devem ser proibidos (tipos), a fim de que se preserve a incolumidade daquele bem. Concomitantemente, um tipo só se faz indispensável em um sistema jurídico na medida em que aquele bem continue a ser valioso o suficiente para a sociedade, a ponto de permanecer sob a tutela jurídica.

Pode-se dizer que o bem jurídico é o conceito central do tipo, conforme o qual há que se determinar todos os elementos objetivos e subjetivos, constituindo, além disso, um importante instrumento da interpretação. O bem jurídico é a pedra-de-toque da estrutura dos tipos e, nesse sentido, é o decisivo critério de classificação no agrupamento dos tipos (...). (OSÓRIO, 2007, p. 305).

Como se vê, a correta identificação do bem jurídico abarcado pela probidade administrativa – e pelas variações que foram dela derivadas a partir da positivação infraconstitucional – é o ponto nuclear de onde se inicia e pelo qual se conforma

todo o processo de individualização do ato de improbidade administrativa a ser desenvolvido pelo operador do direito. Um ato só pode ser considerado juridicamente ímprobo quando forem cumpridas as três etapas que integram o referido processo individualizador, duas de cunho mais objetivo (tipicidade formal e tipicidade material) e uma de natureza subjetiva (dolo ou culpa).<sup>51 52</sup>

Por meio da tipicidade formal, o ato cometido pelo agente público deverá se adequar com exatidão à hipótese abstrata descrita em um dos artigos tipificadores (9º, 10 ou 11) da Lei nº 8.429/92, isto é, cada um dos componentes que integram o teor do modelo abstrato exposto na lei precisam estar refletidos no ato concreto apontado como ímprobo. Tem-se, então, a improbidade formal. Trata-se aqui exclusivamente de uma verificação da conformidade linguística entre aquilo que está escrito no texto legal e aquilo que ocorreu no mundo fenomênico. Não há ainda, neste momento de formalidade, nenhum exame acerca de eventual impacto concreto acarretado pelo ato tido como ímprobo ao bem jurídico “probidade administrativa”. Valendo de uma ilustração feita por Rogério Greco (2006, p. 165), a verificação da tipicidade formal assemelha-se ao modo de funcionamento daqueles brinquedos educativos em que uma criança tem que encaixar uma figura geométrica em um tabuleiro que possui uma área de encaixe de formato geométrico idêntico ao da figura; se a criança encaixa o triângulo no espaço de encaixe apropriado a este objeto, haveria a tipicidade formal.

Contudo, por se ater tão-somente à ligação mecânica e subsuntiva entre “fato ocorrido no mundo real” e “hipótese descrita no tipo legal”, a improbidade formal acaba por envolver um leque quase infinito de condutas praticadas pelos agentes públicos. De sorte que, considerando apenas esse enfoque, ter-se-ia um ato de improbidade administrativa formalmente típico quando, por exemplo, um servidor público, em horário de expediente e utilizando o serviço telefônico da repartição, ligasse para a agência do banco em que possui conta corrente, a fim de pedir ao seu gerente que realize alguma operação bancária de interesse privado daquele (art. 9º,

---

51 Essa parece ser a “fórmula” geral pacificamente adotada pela doutrina, com uma ou outra pequena variação: CAPEZ (2010, p. 318-319), GARCIA, ALVES (2008, p. 283-286), MARTINS JÚNIOR (2009, p. 336), OLIVEIRA (2009, p. 283) e OSÓRIO (2007, p. 290-291).

52 O escopo investigativo do presente trabalho se limita a analisar os elementos objetivos – tipicidade – que delineiam o ato de improbidade administrativa, o que afasta o estudo do elemento volitivo do agente na composição de tais atos. Além disso, não se olvida que outros aspectos, como a culpabilidade, também ingressam no processo de responsabilização por improbidade administrativa, sobretudo quanto à dosimetria da punição, mas que, por questões metodológicas, também se distanciam do objeto de investigação desta pesquisa.

IV), ou quando um agente público utilizasse o grampeador da repartição em que trabalha para grampear um talonário de cheques seus (art. 9º, XII), ou, ainda, quando integrasse, no papel de autoridade coatora, o polo passivo de um mandado de segurança, haja vista que por meio de tal ação se busca atingir atos de autoridades públicas que ofendam direitos individuais ou coletivos, líquidos e certos.

Tais exemplos configuraram situações perfeitamente tipificáveis, sob o aspecto formal, em uma ou mais hipóteses da Lei nº 8.429/92, contudo, em todas elas está ausente a verificação do potencial ofensivo concreto daquelas condutas aos bens jurídicos tutelados por meio dos arts. 9º, 10 e 11 da lei em comento. A falta desse exame conteudístico do ato formalmente ímprobo ocasiona uma erosão normativa aguda da proteção jurídica organizada por meio do sistema punitivo da improbidade administrativa, pois acaba por instituir uma generalização da tipificação dos atos ímprobos e, segundo Capez (2010, p. 294), pode acarretar a completa paralisação da máquina pública em razão do infindável número de atos administrativos passíveis de serem enquadrados como ímprobos.

Destarte, faz-se necessário identificar a tipicidade material das condutas faticamente perpetradas pelos agentes públicos, no sentido de que seja aferida se estas são aptas a desferirem ofensas relevantes à probidade administrativa e às suas variações axiológicas tuteladas pela lei. Essa ofensividade ao bem jurídico é mensurada por meio da difícil e inevitável tarefa de apreciar concretamente a lesividade ou periculosidade efetivas à probidade administrativa geradas pela ação do agente público e/ou pelo produto jurídico dela resultante.

Como dito anteriormente neste trabalho, a semântica aberta marca de forma acentuada os termos empregados pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 8.429/92 para indicar ao intérprete quais são os bens relevantes que estão a merecer a atuação e o resguardo do sistema jurídico, pois, afinal, “*probidade* administrativa”, “*honestidade* funcional”, “*zelo* na gestão pública”, “*lealdade* às instituições” e “*imparcialidade* dos agentes públicos” são expressões linguísticas compostas por termos que semanticamente dão azo a várias e, não raras, distintas significações.<sup>53</sup>

---

53 É importante mencionar que os termos empregados na referência a bens jurídicos sempre trarão consigo a questão de quais significações jurídicas podem ser deles extraídas. Não é porque se emprega um termo cuja compreensão seja mais palatável ao senso comum que o operador do direito não encontrará dificuldades semânticas para lidar com ele. Vale lembrar que duas das mais intensas discussões travadas no Supremo Tribunal Federal nos últimos anos giraram em torno da significação de um dos bens mais antigos a receber a tutela jurídica: a vida. Ver ADPF 54 (caso dos fetos anencefálicos) e ADI 3510 (caso das células-tronco embrionárias).

Contudo, esse aspecto semântico dos textos normativos que tratam da probidade administrativa ganha contornos menos opacos e mais específicos a medida em que os elementos fáticos e contedúísticos que integram o ato concreto sob investigação são incorporados ao tipo ímprobo que está sendo normativamente construído, o que se dá por meio da tipificação material da improbidade administrativa. Quanto a este processo de densificação semântica a partir do conteúdo do ato, Fábio Medina Osório (2007, p. 388) faz a seguinte afirmação:

Em realidade, o que pode ser vago e impreciso é o conjunto de dispositivos, porque as normas, quando surgem nos casos particularizados, já estão repletas de densidade e substância, com um conteúdo muito claro. O ato interpretativo, ao contrário dos dispositivos constantes da LGIA [Lei Geral de Improbidade Administrativa], não é vago, eis que carece de fundamentação democrática, racional e obediente ao devido processo legal.

O ato de improbidade administrativa resta completamente tipificado quando, por meio da tipicidade material, fundam-se elementos da realidade aos dados linguísticos do texto normativo (os tipos formais). De sorte que um ato formalmente tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 pode não ser materialmente ímprobo em razão do desvalor da ação ou do resultado para provocar qualquer forma de ofensa efetiva e grave à probidade administrativa.

Empregando os termos utilizados por Friedrich Müller em sua metódica estruturante do direito<sup>54</sup> e adaptando-os para o problema aqui exposto, a tipificação do ato de improbidade administrativa necessariamente exige que o operador do direito identifique o programa normativo aplicável (fruto da interpretação sobre os textos jurídicos) – tipo formal – e delimite o âmbito normativo do caso concreto (análise do segmento decodificado da realidade) – tipo material.

Falando de modo tradicional, os problemas nunca se apresentam sem referência prévia a um “dever-ser” e, com isso, ao mesmo tempo, a um âmbito material co-formador desse dever-ser. “Dever-ser” e “dado real” constituem, sob o ponto de vista da teoria da norma, os dois aspectos principais da normatividade concreta em si, bem como do programa normativo e do âmbito normativo. Somente dentro dessas possibilidades estruturantes, determinadas questões apresentam-se como questões *jurídicas*; somente dentro de seu poder de validade, o que significa, porém, na ligação fundamental com a norma a ser concretizada, as questões jurídicas podem ser solucionadas. (MÜLLER, 2009b, p. 206).

Não se pode afastar a análise e a integração destes dois co-elementos estruturantes do ato ímprobo, sobretudo a tipicidade material, sob pena de se trivializar o sistema protetivo e punitivo erigido no ordenamento jurídico brasileiro em

---

54 Ver tópico 2.1 deste trabalho.

prol da probidade administrativa. Feito o exame completo da tipicidade da conduta do agente público e constatada que esta não revela força ofensiva significativa contra o bem jurídico tutelado (ausência de tipicidade material), o operador do direito não poderá considerar tal ato como ímprobo, ainda que este possa ser subsumido formalmente a uma das hipóteses abstratas linguisticamente inseridas no texto normativo da Lei nº 8.429/92: tem-se a atipicidade ímproba.

Situações como essa constituem autênticas e legítimas oportunidades para o emprego do princípio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa, convolvando tais atos formalmente ímprobos em meras infrações bagatelares, que se caracterizam por não merecerem a repressão jurídica da Lei de Improbidade Administrativa em razão da sua irrelevância ofensiva aos bens jurídicos ali protegidos. Sobre esta espécie de infração, Luiz Flávio Gomes (2009, p. 15) assim comenta no tocante ao âmbito penal:

(...) é a que já nasce sem nenhuma relevância penal, porque não há (um relevante) desvalor da ação (ausência de periculosidade na conduta, falta de reprovabilidade da conduta, mínima ofensividade ou idoneidade) ou um relevante desvalor do resultado jurídico (não se trata de ataque grave ou significativo ao bem jurídico, que mereça a incidência do Direito penal) ou ambos.

Em decisão lapidar proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.412/SP (j. 19/10/2004), restaram assentados os seguintes vetores a serem observados para uma apropriada aplicação do princípio da insignificância: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Embora o nascedouro do referido princípio seja a dogmática penal e também seja a esfera criminal o local de sua maior aplicabilidade, a transposição do princípio da significância para a seara da improbidade administrativa tem encontrado apoio expressivo da doutrina<sup>55</sup>, o que se deve sobremaneira à severidade do aparato punitivo da Lei nº 8.429/92 e à própria abertura semântica dos bens jurídicos tutelados desta lei, o que o torna uma importante instrumento normativo catalizador no processo de filtragem típica dos atos de improbidade administrativa, o que não obsta a apuração e punição por meio de outras instâncias jurídicas (civil, disciplinar etc.).

---

55 Nesse sentido: CAPEZ, (2010, p. 318), GARCIA, ALVES (2008, p. 286), OLIVEIRA (2009, p. 282) e OSÓRIO (2007, p. 290). Indo além, sustentando a extensibilidade do princípio da insignificância a seara administrativa, sobretudo disciplinar: PEREIRA (2007, p. 85) e VITTA (2003, p. 85).



O caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do REsp 892.818/RS (j. 11/11/2008) constitui um bom exemplo de como a funcionalidade do princípio da insignificância no campo da improbidade administrativa, caso tivesse sido ali aplicado pela Corte, teria servido para solucionar uma situação de patente irrelevância jurídica em face do bem “probidade administrativa”.

No caso fático, um servidor público do Município de Vacaria/RS (Chefe de Gabinete interino) aproveitou-se da força de trabalho de outros três servidores municipais, membros da Guarda Municipal, bem como utilizou veículo de propriedade do Município para carregar utensílios de uso particular. Cometido tal ato, o servidor admitiu os fatos que lhe foram imputados, pediu exoneração do cargo e ressarciu aos cofres públicos a importância de R\$ 8,47, referente ao combustível utilizado no percurso de 3 km o veículo do Município percorreu naquela ocasião.

Em razão de ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o servidor municipal foi condenado em primeira instância ao pagamento de multa civil de R\$ 1.500,00 por ter incorrido em tipos arrolados nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92. Em segunda instância, o Tribunal de Justiça gaúcho deu provimento à apelação interposta pelo servidor municipal e julgou improcedente a ação sem a aplicação da penalidade imposta anteriormente, sob o motivo de que a conduta, embora típica, não atingiu de modo relevante o bem jurídico tutelado, aplicando, assim, o princípio da insignificância.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial apresentado pelo *Parquet* gaúcho e restabeleceu a sentença que condenou o réu ao pagamento da multa civil de R\$ 1.500,00. O principal fundamento utilizado pela Corte Superior foi de que ou o ato cometido pelo réu não atinge o princípio da moralidade ou é imoral, não se admitindo qualquer relativização ou terceiro gênero, pois ou a conduta é proba ou não é. Dito de outro, entendeu-se que ou a irregularidade é insignificante (logo, não é improbidade) ou a irregularidade é significativa (logo, é improbidade). Concluiu-se, ao final, que o princípio da insignificância não pode ser acolhido no âmbito da improbidade administrativa em razão da tipicidade aberta que a marca, a começar pelo próprio sentido de moralidade.

Uma exposição do referido julgado aos elementos teóricos que foram desenvolvidos no presente estudo revelam o quão confusos e equivocados foram os

argumentos empregados pelo citado Tribunal Superior naquela decisão.

O cerne da celeuma argumentativa no caso em apreço recai justamente na inadequada compreensão de quais são os bens jurídicos tutelados pelo art. 37, § 4º da Constituição e pela Lei nº 8.429/92, pois repetiu-se ali o recorrente erro doutrinário e jurisprudencial<sup>56</sup> de considerar que tais bens jurídicos são ontologicamente idênticos aos princípios da moralidade e da legalidade e que é sobre tais princípios que incide a proteção jurídica.

Nada mais impróprio, pois, como já afirmado, os princípios não cumprem um papel de servir de critério de aferição para a tipificação a ser realizada com base nas hipóteses descritas na Lei Federal 8.429/92, pois esta função pertence ao bens jurídicos por ela tutelados e, sobretudo, ao desvalor da ofensividade concreta a estes bens acarretada pelo ato cometido pelo agente público. O que cabe aos princípios é servir de pauta normativa para o controle de validade dos atos administrativos, não de *medium* estimativo para imposição de uma sanção jurídica.

Desse equívoco originou-se a desconsideração, pelo Superior Tribunal de Justiça, da verificação da tipicidade material no caso em questão. Não restam dúvidas de que a conduta praticada por aquele servidor municipal formalmente se encaixaria em vários tipos arrolados na Lei de Improbidade Administrativa (art. 9º, IV e XII, art. 11, I), de sorte que, sem maior esforço interpretativo, ocorreu a tipicidade formal de um ato ímprobo naquela situação.

Contudo, daí a um ato de improbidade administrativa perfeitamente típico tem-se que percorrer o árduo, mas indispensável, caminho da tipicidade material, ocasião em que será analisado concretamente o grau de lesividade ou periculosidade que o ato formalmente ímprobo ostenta para efetivamente atingir um ou mais bens jurídicos albergados pela lei.

E nesse ponto a ação perpetrada pelo servidor municipal no caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça revela-se deveras inofensiva. Por um lado, se, hipoteticamente, considerarmos o enquadramento em um dos tipos formais do art. 9º, responsável pela tutela do bem “honestidade no exercício da função pública”, não há a mínima plausibilidade de, materialmente, sustentar que os R\$ 8,47 referentes ao combustível do veículo público utilizado ou as horas dedicadas pelos três guardas municipais ao serviço tenham tido o condão de gerar para o réu um enriquecimento ilícito qualificador de uma grave desonestidade funcional. Por outro

---

<sup>56</sup> Ver tópico 3.3 acima, em especial o subitem 3.3.3.

lado, de igual modo não há, no caso, conteúdo fático que dê apoio a uma ofensa lesiva ao dever de lealdade às instituições ou à imparcialidade no exercício das competências funcionais, bens jurídicos alcançados pelo art. 11 da Lei nº 8.429/92.

A falta de tipicidade material da conduta no caso apreciado por meio do REsp 892.818/RS é realçada quando se verifica que o servidor municipal em questão não somente ressarciu prontamente ao erário o valor corresponde aos gastos gerados pelo serviço particular que executou com uso de veículo público, como também pediu exoneração da função que ocupava na Prefeitura<sup>57</sup>. De modo que a aplicação do princípio da insignificância à situação em tela estaria em plena harmonia normativa com o sistema jurídico de repressão à improbidade administrativa em vigor, o que foi destacado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por ocasião do julgamento da apelação do servidor municipal, direcionando-se, assim, o ferramental punitivo em questão àqueles atos que efetivamente se mostrem prejudiciais à boa gestão da Administração Pública.

Decisões como a exarada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso comentado demonstram que a mera conformidade de um ato a uma das condutas contidas no texto legal ainda não é suficiente para se afirmar que há improbidade administrativa individualizada, passível, desde já, de ser sancionada com as penas previstas na Lei nº 8.429/92.

De sorte que, à guisa de conclusão, o campo abstrato da improbidade formal necessita ser complementado pelos influxos substantivos que a improbidade material carrega em razão da avaliação concreta realizada pelo operador do direito, que apreciou se a conduta formalmente ímproba irradia ofensividade efetiva a qualquer das variações axiológicas da probidade administrativa. Só assim é possível estabelecer objetiva e normativamente a justa e proporcional improbidade de um ato.

---

<sup>57</sup> Se, por um lado, não se olvida que tais elementos são estranhos ao processo de tipificação de uma conduta, por outro, eles representam aspectos importantes na aferição da culpabilidade e que, indiretamente, poderiam contribuir para uma compreensão mais adequada do ato naquele caso.

## CONCLUSÃO

O Direito Administrativo pátrio sofreu um intenso e benéfico processo de constitucionalização, o que se deu em razão do paradigma do Estado Constitucional de Direito que prevaleceu no final do século XX, acolhido no seio da Constituição de 1988 e responsável pela inovação substancial da Administração Pública brasileira, sobretudo em razão da força normativa atribuída aos princípios jurídicos e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pilares do constitucionalismo contemporâneo.

Um dos objetivos do Estado Constitucional de Direito e da Administração Pública que integra este modelo estatal é garantir a boa gestão da coisa pública, por meio da transparência, imparcialidade e honestidade dos órgãos e agentes públicos no desempenho da função administrativa, a fim de que os governos atuem de maneira proba. É tendo como alvo a responsabilização jurídica dos agentes públicos que procedem de forma desonesta, corrupta, atentatória ao patrimônio público ou tão-somente violadora dos valores inerentes à Administração Pública que a Constituição de 1988 previu expressamente no seu art. 37, § 4º a punibilidade dos atos de improbidade administrativa.

O sistema punitivo da improbidade administrativa é inaugurado através do referido dispositivo constitucional por meio de duas importantes inovações em relação às constituições anteriores: a indicação da categoria “atos de improbidade administrativa” e a estipulação das consequências jurídico-sancionatórias passíveis de serem infligidas a eles. A regulamentação destes dois aspectos foi remetida pela Constituição à lei, função que é desempenhada pela Lei nº 8.429/92. Não obstante, a tutela da probidade administrativa também é executada paralelamente por outras instâncias jurídicas de apuração e punição, como a penal, a civil e a disciplinar.

A referida lei classificou o gênero “ato de improbidade administrativa” em três espécies típicas: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Nesta mesma ordem, foi graduada, da maior para a menor, a gravidade de cada espécie de ato de improbidade administrativa, conforme disposto nos incisos do art. 12, onde constam as penas passíveis de serem infligidas judicialmente ao agente público ímprobo.

Pelo ordenamento jurídico brasileiro, a probidade administrativa denota tanto um princípio jurídico que conforma substancialmente o conteúdo das demais normas que compõem o sistema jurídico de combate aos atos ímprobos, como um bem jurídico imaterial de elevado e fundamental valor para a sociedade brasileira e que necessita ser protegido pelo Direito contra ataques ou lesões efetivas.

A partir da matriz constitucional que reconhece a probidade administrativa como bem jurídico, irradiam-se variações axiológicas impressas nas espécies de atos ímprobos categorizados na Lei nº 8.429/92 (tipos ímprobos), de sorte que no art. 11 os tipos ali descritos são norteados pelo cumprimento dos deveres de lealdade às instituições e imparcialidade no exercício das competências funcionais; já no art. 10, o objeto protegido recai sobre o zelo na gestão do patrimônio público; e, por fim, através do art. 9º busca-se amparar a honestidade devida pelos agentes públicos no desempenho da função administrativa.

Entre o tipo e o bem jurídico estabelece-se uma relação de existencialidade recíproca, pois o acolhimento jurídico de um valor relevante para a sociedade (bem jurídico) impõe que o sistema jurídico especifique quais os atos e condutas devem ser proibidos (tipos), a fim de que se preserve ileso aquele bem.

Contudo, o ato de improbidade administrativa somente será considerado típico quando, por meio da tipicidade material, agregam-se elementos da realidade aos dados linguísticos do texto normativo (os tipos formais). Assim, um ato formalmente tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 pode não ser materialmente ímprobo em razão do desvalor da ação ou do resultado para provocar qualquer forma de ofensa efetiva e grave à probidade administrativa. De sorte que o processo de tipificação do ato de improbidade administrativa demanda do operador do direito a identificação do programa normativo aplicável (tipo formal) e a circunscrição do âmbito normativo do caso concreto (tipo material).

Configurada concretamente a atipicidade ímproba em razão da não tipicidade material da conduta, resta normativamente autorizada a aplicação do princípio da insignificância no âmbito da esfera de responsabilização da improbidade administrativa, sob pena de se estabelecer uma generalização da tipificação dos atos ímprobos, uma banalização da proteção jurídica da probidade administrativa e, por fim, a própria paralisação da máquina pública, tudo em razão da miríade de atos administrativos passíveis de serem tipificados formalmente como ímprobos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocesso. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 499-546.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 407-429.

FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: RT, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2006. v. 1.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell. México: UNAM, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. Improbidade e corrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 121-128, abr./jun. 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACEDO SILVA, Anabelle. *Concretizando a constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. Combate à corrupção: breves comentários à Lei de Improbidade Administrativa. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (Coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 149-182.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



\_\_\_\_\_. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturante*. Tradução de Peter Naumann et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a.

\_\_\_\_\_. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. Improbidade administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 235-278.

\_\_\_\_\_. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El Constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madri: Trotta, 2007. p. 213-235.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption and Democracy. *American Society of International Law Proceedings*, [s.l.], v. 90, p. 83-89, 1996.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari *et al.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A probidade na era dos desencantos. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 147-188.

SAMPAIO SILVA, Clarissa. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Sergio Roberto Leal do. *Manual de teoria da Constituição*. São Paulo: RT, 2008.

VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

WEICHERT, Marlon Alberto. Sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa. In: BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 100-111.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. 8. ed. Madri: Trotta, 2008.