

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VIRGINIA VARGAS RIGO HERZOG

**A MERA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA CARACTERIZA ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA? UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

VITÓRIA
2019

VIRGINIA VARGAS RIGO HERZOG

**A MERA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA CARACTERIZA ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA? UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do título de bacharela em Direito.
Orientador: Prof. Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA

2019

VIRGINIA VARGAS RIGO HERZOG

**A MERA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA CARACTERIZA ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA? UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovada em ____, de _____, de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Gustavo Senna Miranda
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	6
1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	6
1.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	7
1.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE	8
1.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	8
1.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	9
2 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N. 8.429/92)	11
2.1 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (ARTIGO 9º)	13
2.2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTIGO 10º)	15
2.3 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTIGO 11)	18
3 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	22
3.2 ANÁLISE DO ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NA CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa consiste na análise, à luz do princípio da proporcionalidade, se a mera violação a princípios da administração pública configura ato de improbidade administrativa, regulado pela Lei 8.429/92.

No primeiro capítulo serão abordados os princípios da Administração Pública, os quais, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, atuam como norteadores para o comportamento dos agentes públicos, o qual deve se pautar na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 18) entende que “revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.”.

Espera-se, com isso, que no exercício da função administrativa, o agente público atue em conformidade com os princípios constitucionais da administração pública, bem como em observância aos preceitos éticos e morais da sociedade, dirigindo-se à persecução do interesse público.

No segundo capítulo, analisar-se-á a Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, considerada um marco na temática, determinando desde o início, em seu artigo 4º, que os agentes públicos são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Ao regular o tema, a Lei 8.429/92 é clara ao prever as modalidades de improbidade administrativa, que pode decorrer de enriquecimento ilícito, lesão ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ou violação aos princípios da administração pública, esta última objeto do presente estudo.

O artigo 11 da Lei 8.429/92 complementa o disposto no artigo 4º ao descrever a improbidade administrativa por violação a princípios da Administração Pública e

exemplificar, nos seus incisos, um rol de condutas tidas como antiprincipiológicas. Acerca desta tipificação, Daniel Amorim e Rafael Oliveira (2014, p. 88) entendem que

Trata-se do reconhecimento do princípio da juridicidade, que impõe a obediência, por parte do administrador público, não apenas das regras formais (legalidade), mas, também, de todos os princípios reconhecidos pela comunidade jurídica. [...] (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 88)

Ocorre que, não obstante a expressa previsão legal questiona-se a aplicabilidade prática de tal instituto, eis que por configurar “norma de reserva” em relação às demais modalidades, será aplicada àqueles casos em que o agente público não auferir enriquecimento ilícito ou gerar dano ao erário.

Diante da alta carga axiológica dos princípios, é necessário cautela e parcimônia no que se refere à interpretação do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a fim de evitar que o instituto seja aplicado de forma indiscriminada e desproporcional a toda e qualquer irregularidade administrativa por parte do agente público.

Por conta disso, no terceiro capítulo estudar-se-á o instituto previsto no artigo 11 à luz do princípio da proporcionalidade, para fins de garantir um equilíbrio na aplicação da norma ao caso concreto, restringindo o arbítrio do aplicador do Direito e protegendo os direitos e garantias fundamentais.

Ao fim, serão analisados os posicionamentos da doutrina majoritária e dos Tribunais Superiores em relação à temática, em especial no que se refere à aplicação do princípio da proporcionalidade e à exigência do elemento subjetivo na conduta do agente público para a configuração do ato de improbidade administrativa.

Deste modo, analisar-se-á, à luz do princípio da proporcionalidade, se a mera violação a princípios da administração pública caracterizará ato de improbidade administrativa?

1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 contempla, em seu artigo 37, *caput*, os princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Os princípios elencados no texto constitucional servem como diretrizes para o comportamento dos agentes públicos e diretrizes fundamentais para o exercício da Administração Pública direta e indiretamente. Neste ponto, Marçal Justen Filho (2016, p. 61) consigna que

A estruturação do direito administrativo é produzida pela Constituição, a qual delinea os princípios fundamentais, indica as situações em que será indispensável a existência de regras e fornece as diretrizes de desenvolvimento do sistema normativo. Ainda que o conteúdo concreto do regime administrativo somente possa ser conhecido mediante as regras efetivamente adotadas, pode-se afirmar que sua identidade é determinada pela Constituição. Talvez se pudesse aludir a uma espécie de *código genético* do direito administrativo, consagrado na Constituição. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 61).

Em que pese a existência de diversos outros princípios norteadores da atividade pública ao longo do Ordenamento Jurídico Pátrio, a presente pesquisa limitar-se-á à análise mais aprofundada daqueles expressamente previstos na Carta Magna de 1988.

1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está diretamente relacionado à ideia de que o agente público deve atuar dentro dos limites estabelecidos em lei. Assim, toda a atividade administrativa, direta ou indiretamente, deve ser realizada em conformidade e mediante autorização legal.

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma postura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. [...] (MELLO, 2006, p. 99).

É de se ver, pois, que a legalidade representa princípio basilar no ordenamento jurídico, decorrente justamente da instituição do Estado Brasileiro como Democrático de Direito, sendo indiscutível a observância obrigatória do princípio no exercício da atividade administrativa.

Deste modo, a atuação do agente público deve ser realizada em observância aos limites e finalidades legais, de modo que as condutas realizadas em dissonância com a legislação aplicável não de ser consideradas ilícitas e, portanto, sujeitas às respectivas sanções legais.

1.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade relaciona-se à ideia de que a Administração Pública não deve fazer distinções, isto é, deve conceder igual tratamento a todos os cidadãos. Nestes termos, se estabelece uma vedação a tratamentos privilegiados, bem como a favorecimentos pessoais.

Neste ponto, a impessoalidade está diretamente ligada ao princípio da prevalência do interesse público, o qual estabelece que a atividade administrativa deve dirigir-se, sempre, à persecução do interesse público, e não à satisfação de interesses particulares.

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetiva-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. (MELLO, 2006, p. 95)

Desta maneira, quando configurada conduta por parte do agente público voltada à satisfação de interesses privados, diversos aos da Administração Pública, configurar-se-á o desvio de finalidade, o qual deve sujeitar-se às devidas sanções correspondentes.

1.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade, por sua vez, orienta que os agentes públicos atuem em conformidade com os preceitos éticos e morais da sociedade, isto é, segundo os parâmetros da boa-fé e da lealdade.

O respeito à moral é uma característica básica que deve ser observada por todos aqueles que se relacionam com o Estado, especialmente os agentes públicos que possuem o dever jurídico de atuar com probidade. (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 6)

Assim, pode-se depreender que o princípio da moralidade está estritamente relacionado ao dever de probidade esperado daqueles que exercem a função pública, isso porque,

O dever de probidade é o primeiro e talvez mais importante dos deveres do agente público, pois sua atuação deve pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria administração. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 68).

Deste modo, espera-se do agente público que, no exercício da função administrativa, comporte-se de forma honesta, de acordo com os princípios constitucionais da administração pública, dirigindo sua atuação, a todo o momento, para a concretização dos preceitos éticos e morais da sociedade.

1.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade administrativa implica na exigência de publicação prévia dos atos administrativos na imprensa oficial como requisito de eficácia do ato. Assim, para que um ato administrativo produza seus efeitos faz-se necessário que ele tenha sido amplamente publicado nos órgãos oficiais correspondentes.

Neste ponto, Hely Lopes Meirelles (2014, p. 99) consigna que

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de

seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. (MEIRELLES, 2014, p. 99)

Assim, além de representar requisito de eficácia do ato administrativo, o princípio da publicidade permite que os administrados exerçam controle sobre a atuação estatal, a qual, com a efetiva publicação, torna-se transparente para o conhecimento do público externo.

Nesta orientação, Alessandro Dantas Coutinho e Ronald Krüger Rodor (2018, p. 86) estipulam:

É nesse sentido que o princípio da publicidade desponta como aquele que determina ao gestor prestar contas com a coletividade, ser transparente, pois, ao fim e ao cabo, administra algo que é da coletividade.
A publicidade do ato, da conduta, da atividade é condição de sua eficácia. Por outras palavras, significa dizer que o ato apenas produzirá seus efeitos após a devida publicidade, que pode ser veiculada por diversos meios, conforme a forma que prescrever a lei. (COUTINHO; RODOR, 2018, p. 86).

Vale ressaltar, ainda, que não basta que a publicação do ato seja prévia, ela deve observar o princípio da transparência ou da publicidade qualificada, isto é, a publicação deve ser realizada de maneira que os cidadãos comuns consigam compreender o conteúdo do ato administrativo e, com base nisso, fiscalizar se há, no caso concreto, a consecução do interesse público.

1.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Por fim, o princípio da eficiência atua como espécie de incentivador para a atuação dos agentes públicos e da Administração Pública no geral, objetivando que a atividade administrativa seja desenvolvida com eficiência e de modo a atender os resultados esperados.

Neste ponto, Luciano de Araujo Migliavacca (2015, p. 178) ressalta a observância obrigatória do princípio por parte de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

O artigo 37 da Constituição Federal, mesmo em Capítulo destinado à Administração Pública, estabelece a observância do princípio da eficiência aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O termo 'Poderes' não se encontra utilizado na acepção de atribuições mas notadamente dos Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário na clássica tripartição de Montesquieu. (MIGLIAVACCA, 2015, p. 178).

Neste contexto, Maria Sylvia di Pietro (2015, p. 117) entende que

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2015, p. 117)

Assim, o princípio da eficiência visa assegurar que seja mantido um padrão de qualidade na prestação dos serviços públicos, determinando que esses se direcionem à garantia do melhor resultado aos administrados e ao crescimento socioeconômico do país.

Por outro lado, a não observância do princípio da eficiência compromete a prestação dos serviços públicos, o crescimento socioeconômico do país e, ainda, acaba estimulando a corrupção, conforme bem consignam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 115):

A ineficiência ainda traz consigo a triste consequência de comprometer o crescimento socioeconômico de qualquer país, que se vê atravancado pela mediocridade dos recursos humanos disponíveis e pelo excesso de burocracia do aparato estatal, passando ao largo de qualquer referencial de boa gestão administrativa. Trata-se de campo fértil à proliferação da corrupção: em meio a tantas dificuldades, há de ter o seu "valor" aquele que vende alguma facilidade. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 115).

É de se ver, portanto, que a devida observância do princípio da eficiência pela Administração Pública permite um maior crescimento socioeconômico e o aperfeiçoamento constante na prestação do serviço público, promovendo, por consequência, um sentimento de satisfação por parte dos administrativos em relação à gestão administrativa.

2 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N. 8.429/92)

Conforme abordado no tópico anterior, é de extrema importância a observância dos princípios no exercício da atividade pública, tendo em vista que esses revelam as diretrizes comportamentais que se espera serem seguidas por aqueles que desempenham a função pública.

Nesse contexto, reclama-se de todo e qualquer agente público, de qualquer nível, que possua um contingente mínimo de predicados ligados à moralidade pública, tais como a honestidade, a lealdade e a imparcialidade. São qualidades essenciais, naturalmente exigíveis em qualquer segmento da atividade profissional e, com muito mais razão, daqueles que integram os quadros públicos e gerenciam bens da coletividade, dos quais não podem dispor e pelos quais devem zelar. (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JR., 1999, p. 123).

Em vista disso, diversos são os diplomas legais que tutelam os referidos princípios constitucionais, sendo criados, a todo o momento, instrumentos para reprimir comportamentos antiprincipiológicos, tidos como desviantes, por parte dos agentes públicos.

Neste ponto, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) se destaca como importante instrumento de combate à improbidade administrativa. Sua edição decorre diretamente do comando constitucional previsto no art. 37, §4º que assim estabelece:

Art. 37. [...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Inaugurada em um contexto democrático, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a lei surgiu como mecanismo de controle da gestão pública, como forma de garantia da moralidade e da probidade e, com isso, de combate a desvios ético-comportamentais presentes na atuação dos agentes públicos.

Com efeito, o referido diploma legal é imperioso ao elencar de forma expressa e precisa as sanções a serem cominadas nos casos de improbidade administrativa,

situação que, na visão de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014, p. 9), pode ser assim conceituada:

[...] ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública. (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 9)

Com efeito, a improbidade vai de encontro direto ao dever de probidade, isto é, ao dever de boa-gestão, lealdade e honestidade esperado daqueles que exercem a função administrativa. O dever de probidade, com isso, reforça as diretrizes principiológicas e, conforme o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 68),

É o primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 68).

Assim, reconhecendo a importância dos princípios constitucionais que regem a atividade pública, a Lei de Improbidade Administrativa traz, inicialmente, em seu artigo 4º, o dever jurídico de observância desses princípios por parte dos agentes públicos, senão vejamos:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

É de se ver, pois, que a improbidade administrativa representa uma conduta antiprincipiológica, isto é, contrária às diretrizes orientadoras dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, elencados na Carta Magna de 1988. Por conta disso, é de extrema importância que sejam criados mecanismos eficazes para erradicar tais desvios.

Deste modo, aqueles agentes públicos que apresentarem comportamentos desviantes, tidos como ímprobos pela Lei de Improbidade Administrativa, seja por causarem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios da

administração pública, sujeitar-se-ão às respectivas sanções previstas no diploma legal.

Feitas tais considerações, passa-se, agora, a analisar as espécies de improbidade administrativa previstas na Lei 8.429/92 e suas respectivas sanções legais, as quais buscam precipuamente combater os desvios comportamentais por parte dos agentes públicos e, conseqüentemente, a garantia da probidade na Administração Pública.

2.1 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (ARTIGO 9º)

O artigo 9º da Lei 8.429/92 prevê que constitui ato de improbidade administrativa auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º da lei, conforme se depreende da leitura do dispositivo:

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.

Trata-se de situação de enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiro em decorrência de vantagem patrimonial obtida às custas do exercício da atividade administrativa, seja ela cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração direta, indireta ou funcional.

O dispositivo é claro ao elencar, em seus incisos, um vasto rol de situações que atraem a aplicação do artigo 9º, de modo que qualquer vantagem, direta ou indireta, móvel ou imóvel, em dinheiro ou não, para si ou para outrem, auferida em razão da atividade administrativa há de configurar ato de improbidade administrativa na modalidade enriquecimento ilícito.

Cuida-se, em verdade, de situação em que se vislumbra, com clareza, uma conduta ilícita por parte do agente ímprobo, na medida em que esse auferir vantagem indevida em razão da atividade administrativa, e, por conta disso, causa, direta ou indiretamente, prejuízo aos cofres públicos.

Diante disso, o artigo 12, I do referido diploma legal disciplina as sanções a serem cominadas, de forma isolada ou cumulativa a depender da gravidade do fato, aos casos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito:

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

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

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Ante o exposto, verifica-se que, caso seja constatada qualquer das hipóteses prevista nos incisos do artigo 9º da Lei 8.429/92, o responsável pelo ato sujeitar-se-á às sanções elencadas no inciso I do artigo 12, na proporção adequada à gravidade do caso concreto e ao proveito patrimonial obtido pelo agente, podendo, ainda, responder penalmente e administrativamente pelo ato ímprobo.

2.2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTIGO 10º)

O artigo 10º da Lei 8.429/92 versa sobre a tipologia dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, isto é, atos que ocasionem certo tipo de perda patrimonial às entidades referidas no artigo 1º do diploma legal.

Na hipótese do artigo 10º, diferentemente das demais previstas na legislação, o *caput* faz menção expressa ao elemento subjetivo, ao prever a ação ou omissão pode ser praticada de forma dolosa ou culposa, conforme se verifica:

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 de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

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

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

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

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

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

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

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

XVI – facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII – celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX – agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX – liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XXI – liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Da análise do dispositivo, depreende-se que o artigo prevê um extenso rol de condutas que causam, de alguma forma, lesão ao patrimônio público, sejam elas por ato comissivo ou omissivo realizado pelo próprio agente público ou, até mesmo, por participação ou facilitação deste na prática do ato.

Neste contexto, “como consequência da infração às normas vigentes, ter-se-á a nulidade do ato, o qual será insuscetível de produzir efeitos jurídicos válidos” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 402). Além disso, estará o responsável pelo ato de improbidade sujeito às sanções elencadas no artigo 12, II do diploma legal:

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

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Da análise do dispositivo, vislumbra-se que o responsável pelo ato deverá ressarcir integralmente o dano ocasionado ao erário, bem como estará sujeito à perda da função pública e às sanções políticas, administrativa e pecuniárias elencadas.

Ademais, não raras as vezes, além do prejuízo ao erário, o ato de improbidade ocasionará o enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiro. Na hipótese, conforme prevê o dispositivo, o responsável estará sujeito à perda dos bens ou valores acrescidos de forma ilícita ao seu patrimônio.

Vê-se, portanto, que o ato de improbidade que causa lesão ao erário, assim como a hipótese do artigo antecedente, estará sujeito às sanções específicas previstas no artigo 12, II, independentemente das sanções na esfera penal, civil e administrativa, a serem aplicadas de forma isolada ou cumulativa na medida da extensão do dano causado aos cofres públicos e de acordo com a gravidade do fato e do proveito patrimonial obtido pelo agente.

2.3 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTIGO 11)

Por fim, o artigo 11 da Lei 8.429/92 traz elencados os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, em especial as ações ou omissões que atentem contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Conforme abordado em tópico específico, os princípios constitucionais ocupam papel central no exercício da atividade administrativa, revelando diretrizes para o comportamento daqueles que exercem a função pública e função de norteador para o desempenho da atividade administrativa direta e indiretamente.

Mister colacionar o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 104), segundo o qual

Além de conferirem unidade ao sistema normativo constitucional, os princípios atuam como fatores de imposição, de interpretação e de integração. Possuem caráter imperativo, exigindo que indivíduos e poderes constituídos adotem as medidas necessárias na medida mais ampla possível, à materialização dos valores que albergam. Influem na interpretação dos padrões normativos do sistema, contribuindo para estender ou retrain o seu potencial de incidência. Permitem sejam contornadas as lacunas da Constituição formal, contribuindo para o aperfeiçoamento da completude da ordem constitucional. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 104)

Assim, evidenciada a grande importância da observância dos princípios constitucionais no exercício da atividade administrativa, a Lei de Improbidade trata da temática de forma expressa em seus artigos 4º e 11, veja-se:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

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

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

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

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

IV – negar publicidade aos atos oficiais;

V – frustrar a licitude de concurso público;

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

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

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

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

X – transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou

instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Da análise do dispositivo, vê-se elencadas diversas condutas por parte do agente público que, direta ou indiretamente, contrariam os princípios constitucionais que regem a administração pública.

Em vista disso, dada a necessidade de repressão de eventuais condutas antiprincipiológicas a serem praticadas no exercício da atividade pública, o inciso III do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, vem dispor sobre as sanções aplicáveis à hipótese prevista no artigo 11, veja-se:

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

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

Verifica-se que assim como nos demais dispositivos, as sanções aplicáveis à hipótese do artigo 11 estão sujeitas à discricionariedade do magistrado, que deverá considerar a gravidade e as consequências geradas pelo ato ímprobo no momento de fixação da penalidade aplicável.

Ocorre que, na hipótese, diferentemente das demais, não há a necessidade de que a conduta gere dano material, consubstanciado no prejuízo ao erário ou no enriquecimento ilícito do agente, mas somente que o ato viole os princípios da administração pública.

Em vista disso, exige-se ainda maior cautela por parte do julgador justamente pelo fato de o dispositivo envolver a estrita análise de princípios, os quais, por serem dotados de alta carga axiológica, pressupõem a estrita análise do caso concreto e o uso das técnicas de interpretação hermenêutica adequadas para uma correta aplicação do instituto.

3 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O objetivo principal da presente pesquisa consiste na análise do artigo 11 da Lei 8.429/92, o qual, conforme abordado no tópico anterior, prevê a hipótese de improbidade administrativa por violação a princípios da administração pública.

Conhecida como “norma de reserva”, a modalidade do artigo 11 é aplicada aos casos que não se enquadrarem nas hipóteses dos artigos 9º e 10. Com efeito, verifica-se que o artigo 11 não exige a ocorrência de enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário para a sua configuração, mas tão somente a violação principiológica independentemente da ocorrência de dano material.

Por conta da grande vagueza e imprecisão técnica dos princípios, exige-se cautela por parte do aplicador do direito na utilização prática do instituto. Na hipótese, a tipificação de uma conduta contrária a princípios da administração pública como ato de improbidade, conforme disposto no artigo 11, objetiva justamente garantir maior eficácia àqueles princípios previstos constitucionalmente e, com isso, combater a corrupção e a improbidade na gestão pública.

Ocorre que, muito se discute acerca da aplicação prática do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, eis que pela interpretação meramente literal do texto, extrai-se que toda e qualquer conduta contrária aos princípios há de ser considerada ímproba, o que, desde já, acaba induzindo a uma assimilação entre o conceito de ilegalidade e o de improbidade e, conseqüentemente, gerando uma ampliação desproporcional no âmbito de aplicação do instituto.

Em razão da abertura semântica desta espécie de improbidade administrativa – atos que atentam contra os princípios da Administração Pública – deve o operador do direito quando da análise do enquadramento da conduta ao tipo do art. 11, quer seja no momento da elaboração da inicial, quer no momento da decisão judicial, sempre atuar utilizando a lente da proporcionalidade, verificando sempre a real gravidade da conduta e o seu nível de repercussão, afinal, as normas que tutelam a probidade administrativa não foram elaboradas para combater o agente público inábil, mas sim o desonesto. Eventual conduta irregular poderá constituir infração disciplinar ensejadora de sancionamento na esfera de responsabilização adequada conforme a lei de incidência (*v.g.* processo administrativo disciplinar), mas jamais poderá ser

objeto de investigação para efeito de aplicação das normas da LIA. (PEDRA; MONTEIRO, 2019, p. 247).

Assim, é “[...] inevitável o recurso aos princípios da razoabilidade, para aferir-se a real gravidade do comportamento, e da proporcionalidade, a fim de proceder-se à dosimetria punitiva.” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1162).

Neste mesmo entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 414) reconhece que

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados (SARLET, 2015, p. 414)

Neste contexto, para fins de garantir a adequada utilização do instituto da improbidade administrativa e evitar sua aplicação indiscriminada e irracional a casos de mera irregularidade puníveis na esfera administrativa, torna-se imprescindível o estudo do princípio da proporcionalidade, conforme segue no tópico seguinte.

3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, embora não conste expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, encontra especial importância no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Em essência, o princípio da proporcionalidade deflui da concepção de Estado Democrático de Direito e da necessidade de proteção aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, neles estando ínsito. [...]. Proporcionalidade, assim, além da ideia de equilíbrio inerente à sua etimologia, é princípio de defesa da ordem jurídica, restringindo o arbítrio e preservando a legitimidade da normatização estatal. (ALVES; GARCIA, 2017, p. 164)

Com efeito, busca-se um equilíbrio na aplicação das normas jurídicas para fins de garantir a devida observância do poder normativo estatal e, simultaneamente, a proteção aos direitos e garantias fundamentais, limitando-se o livre arbítrio do jurista.

Neste entendimento, Robert Alexy (2008, p. 117) afirma ser estreita a conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, considerando que um implica no outro e vice-versa.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 117).

Entende-se, com base nisso, que a máxima da proporcionalidade é decorrência da própria natureza dos princípios, eis que ambos pressupõem a ideia de sopesamento, ou seja, de ponderação, em caso de direitos fundamentais e princípios conflitantes, para a adequada aplicação desses ao caso concreto.

Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p.117-118).

É evidente, portanto, a importância da utilização do princípio da proporcionalidade, isto é, da necessidade de uma ponderação em caso de conflito entre as normas de direitos fundamentais e os princípios no curso do desenvolvimento da atividade jurídica.

Deste modo, considerando-se a alta carga axiológica do dispositivo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, objeto do presente estudo, mostra-se imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade quando configurada conduta por parte do agente público contrária aos princípios da administração pública.

Isso porque, a mera subsunção do fato material à norma do artigo 11 pode culminar na aplicação irracional e desenfreada do instituto a todos os casos em que o agente público realizar conduta que contrarie, de certo modo, os princípios da Administração Pública. Explica-se:

[...] o processo de subsunção estritamente formal não funcionava diante de enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e alto grau de indeterminação e abstração. Nesse contexto, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas em colisão. Esses conflitos, que não podem ser solucionados pelas tradicionais formas hermenêuticas são os casos difíceis (*hard cases*) assim denominados porque comportam, em tese, mais de uma solução possível e razoável. (BARROSO, 2013, *apud* OLIVEIRA, 2014, p. 41).

Assim, considerando-se a possibilidade de mais de uma solução possível e razoável aos chamados *hard cases*, depreende-se que não se deve buscar uma proteção absoluta ou desenfreada aos princípios da administração pública, mas sim buscar resguardá-los, ao máximo possível com base no contexto fático ora existente.

[...] os princípios são mandamentos de otimização que exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Por isso, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Nesse sentido, os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas e a forma como deve ser determinada essa relação não é algo decidido pelo próprio princípio. (ALEXY, 2011, *apud* OLIVEIRA, 2014, p. 20).

Neste contexto se extrai a imprescindibilidade da observância do princípio da proporcionalidade no presente estudo, visto que se busca justamente garantir um equilíbrio entre os princípios regentes da atividade administrativa e a proteção dos direitos fundamentais do agente público e demais envolvidos no ato ímprobo.

Pelo exposto, diante da problemática delineada, a aferição do elemento subjetivo motivador da conduta do agente público surge como aspecto central para a garantia da proporcionalidade na utilização do instituto da improbidade administrativa, conforme vêm entendendo a doutrina majoritária e os Tribunais Superiores.

3.2 ANÁLISE DO ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NA CONDOTA DO AGENTE PÚBLICO

Com base nas considerações delineadas acerca do princípio da proporcionalidade, passa-se, finalmente, à análise do elemento subjetivo na conduta do agente público,

elemento central para a adequada caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92.

Conforme demonstrado, diferentemente da hipótese prevista no artigo 10º, o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa não faz qualquer menção à exigência de elemento subjetivo específico na conduta do agente público para a caracterização do ato de improbidade.

Neste ponto, acerca da possibilidade de punição dos comportamentos antiprincipiológicos quando praticados na modalidade culposa, Waldo Fazzio Júnior (2014, p. 304) assim entende:

Não se trata de tornar impunível ato culposo. Se a Lei nº 8.429/92 não admite, no art. 11, conduta culposa, o que não há, não é ato culposo impunível; não há ato culposo. Não há o que punir a esse título. O ato culposo é criação legal. Se a norma não o cria, não existe. Mesmo porque, o silêncio eloquente do legislador, quanto à possibilidade culposa, nos arts. 9º e 11, obsta a que se diga em seu lugar. (FAZZIO JR., 2014, p. 304).

Neste sentido, afirma-se que a modalidade prevista no artigo 11 somente restará configurada nos casos em que o agente público apresentar o ânimo de praticar a conduta contrária aos princípios. Isso porque, a punição dos atos à título de culpa, além de não encontrar respaldo legal, acabaria por ampliar de forma desproporcional o âmbito de aplicação do dispositivo.

Assim, prezando pela adequada utilização do instituto, Daniel Amorim Neves e Rafael Oliveira (2014, p. 90) consideram o dolo ou a má-fé elementos centrais para a aferição do ato de improbidade administrativa:

A exigência do dolo ou da má-fé é salutar para evitar a aplicação indiscriminada e desproporcional das sanções de improbidade. Isto porque, qualquer deslize administrativo, por menor que ele seja, poderia configurar violação ao princípio da legalidade, atraindo a incidência das sanções de improbidade, o que acarretaria insegurança jurídica para os agentes públicos. Nesses casos, as sanções administrativas já seriam suficientes para punir os faltosos. (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 90)

Com base nisso, para garantir uma aplicação proporcional e razoável do disposto no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, é imprescindível a aferição do

elemento subjetivo no comportamento do agente público e, também, dos danos por ele ocasionados à Administração Pública. Isso porque, conforme pontua Gustavo Senna Miranda (2007, p. 44):

[...] determinadas condutas, pela sua insignificância, pela sua pífia relevância social, não podem ser consideradas como caracterizadoras de atos de improbidade administrativa, por não indicarem a prática de condutas desonestas ou de atos culposos graves, com relevantes reflexos para a Administração Pública, seja em relação ao seu aspecto patrimonial, seja em relação ao seu aspecto moral, pois nessas hipóteses não se completará o tipo ímprobo, podendo a conduta do agente caracterizar, eventualmente, infração puramente administrativa. (MIRANDA, 2007, p. 244).

Reconhece-se, assim, que no exercício da atividade administrativa, os agentes públicos estão propensos a praticarem condutas que eventualmente venham a contrariar os princípios publicistas. Ocorre que, em muitas das vezes, tais condutas não gerarão reflexos significativos no mundo jurídico, seja pela insignificância do ato ou, até mesmo, pela ausência de dolo ou má-fé no comportamento do agente.

Nesses casos, valendo-se da máxima da proporcionalidade, conclui-se que o ato caracterizará mera irregularidade administrativa, a depender do caso concreto, não havendo que se falar em improbidade para fins de aplicação da Lei 8.429/92, visto que a violação aos princípios se deu de maneira irrisória ou não intencional.

É neste entendimento a orientação dos Tribunais Superiores, os quais convergem no sentido de exigir a presença do elemento subjetivo no comportamento do agente público, veja-se:

ADMINISTRATIVO. AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO SEM LICITAÇÃO. VENDA DE PASSAGENS DE ÔNIBUS EM BENEFÍCIO DA PRÓPRIA EMPRESA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA. DOLO ESPECÍFICO PRESCINDÍVEL. 1. Trata-se na origem de Ação de Improbidade movida contra Prefeito, Tesoureiro e Secretário de Administração do Município de Paes Landim, pela prática de atos de improbidade administrativa relativos à: i) aquisição de combustíveis e peças automotivas sem licitação; ii) contratação de serviço de frete sem licitação; iii) venda de passagens de ônibus em benefícios da empresa do Secretário. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem aferiu a inequívoca existência de atos de improbidade relativos à aquisição de bens e contratação de serviço sem licitação e à venda de passagens de ônibus em benefício da própria empresa. 3. A prática do ato de improbidade descrito no art. 11, da Lei 8.429/1992 prescinde da demonstração de dolo específico, pois o elemento subjetivo é o dolo genérico

de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica.
4. Recurso Especial provido.

(STJ – Resp: 1608450 PI 2015/0327040-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/08/2016, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 08/09/2016)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS SEM CONCURSO PÚBLICO. AMPARO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). ART. 11 DA LEI 8.429/92.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a contratação de servidores públicos sem concurso público baseada em legislação local não configura improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo), necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública. A propósito: AgRg no Resp 1358567 / MG, desta relatoria, Primeira Turma, Dje 09/06/2015; Resp 1.248.529/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Dje 18/09/2013. 2. Agravo interno não provido.

(STJ – AgInt no Resp: 1330293 SP 2011/0176161-8, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 23/10/2018, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 31/10/2018)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. JUIZ. AMIZADE ÍNTIMA COM ADVOGADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE. DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública objetivando a condenação do réu nas sanções previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/1992, por infringência ao disposto no art. 11, caput e I, do referido diploma legal. Segundo o autor, o réu praticou, no exercício da função de Juiz do Trabalho, atos de improbidade administrativa incompatíveis com a magistratura, consistentes em: a) alteração de minuta elaborada por seu assessor, em decorrência de amizade com advogado da reclamante; b) obtenção de empréstimo bancário sem proceder ao respectivo pagamento; c) favorecimento de auxiliar do juízo, mediante a designação de somente um profissional para a elaboração de cálculos, com a fixação de honorários em valor elevado. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO 2. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. **3. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 requer a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 4. O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas.** (AgRg no Resp 1.539.929/MG, Rei. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dje 2/8/2016). 5. Quanto à existência do elemento subjetivo, o v. acórdão recorrido narra fatos que reputa incontroversos, caracterizadores indubitavelmente de improbidade administrativa e, ao contrário do que esperava, chega à conclusão de inexistência de improbidade, como se extrai da leitura do voto impugnado: “Infere-se da análise das provas produzidas que o réu Antônio Cezar

Andrade, no exercício do cargo de juiz do trabalho, alterou minuta elaborada por seu assessor, para dar provimento a pedido de reclamante defendida pelo advogado Hugo Celso Castanho, seu amigo íntimo. Além disso, contrariando orientação de sua Corregedoria, persistiu na designação de uma única Contadora, Joseanne de Oliveira Zanelato, para elaboração de cálculos em reclamações trabalhistas que tramitavam em sua Vara. Também contraiu empréstimo bancário, com aval de sua Contadora, e deixou de pagar algumas parcelas na data do vencimento. Esses fatos são incontroversos. Todavia, não se extrai desse contexto fático – notadamente por falta de substrato probatório minimamente suficiente – irregularidade hábil a configurar improbidade administrativa”. (fl. 2.632). 6. Entretanto, todos os atos foram praticados de livre vontade e o elemento subjetivo é inseparável das condutas. 7. Não se olvida que, apenas na vigência do CPC/2015, ser o juiz amigo íntimo ou inimigo do advogado de alguma das partes passa a ser causa de suspeição, não havendo tal previsão no CPC de 1973. A propósito: Resp 600.737/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 26.9.2005; Resp 4.509/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 26.11.1990. 8. Contudo, em casos como o presente, em que a Corte local expôs em minúcias a relação com altíssimo grau de intimidade entre o juiz e o advogado, superando a simples amizade, concluindo ser incontroverso nos autos tal fato, caracterizada está a ofensa ao dever de imparcialidade objetiva do juiz, sendo certo que o próprio magistrado confirmou a aquisição de bens em conjunto com advogado (uma sala comercial em Curitiba e um apartamento em Florianópolis) e a utilização de automóvel do causídico: “é incontroverso que o Autor possuía amizade com o Dr. Hugo Castanho, tanto é que o Réu mencionou em seu depoimento que possuía ‘um grau de amizade anterior’ com o advogado, mesmo antes dele ser advogado (...). O Réu nega ter custeado a faculdade do Dr. Hugo (...), mas afirma ter adquirido alguns bens em conjunto com o advogado: uma sala comercial em Curitiba e um pequeno apartamento de veraneio em Florianópolis (...). O Réu aceitou a doação de um cachorro do advogado e afirmou ter utilizado um carro que estava em nome do Dr. Hugo, adquirido porque estava com restrições cadastrais” (fl. 2.632-2.633). 9. No caso em concreto, é inconteste que o magistrado não desconhecia o vínculo estreito entre ele e o advogado, ao ponto de prejudicar a percepção objetiva da sociedade quanto à imparcialidade do juiz, o que viola não só a Lei Orgânica da Magistratura como o princípio da moralidade administrativa, enunciado no art. 11 da Lei 8.492/1992. Na descrição dos fatos pelo Tribunal de origem, está patente o dolo genérico no comportamento do magistrado. Tais condutas, como descritas pelo Corte a quo, espelham inequívoco dolo, ainda que genérico. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E A OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS 10. A Corte local, mantendo o decidido na sentença, expôs que “apesar das orientações da Corregedoria para haver modificação na forma de nomeação de peritos, nada se comprovou a respeito da suposta irregularidade existente na atuação de Josiane, tampouco que ela ou o Réu tiraram algum proveito financeiro da situação” (fl. 2.634) e que “não havendo (...) enriquecimento sem causa do Réu ou da Contadora, não há que se falar em ato de improbidade” (fl. 2.634). 11. Entretanto, quanto ao artigo 11 da Lei 8.429/1992, a jurisprudência do STJ, com relação ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em regra, independe da ocorrência de enriquecimento ilícito ou de dano ao Erário. Nesse sentido: Resp 1.320.315/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje 20.11.2013, AgRg no Resp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dje 28.5.2015, Resp 1.275.469/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, Dje 09/03/2015, e AgRg no Resp 1.508.206/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje 5.8.2015. CONCLUSÃO 12. Verificada a ofensa aos princípios administrativos, em especial o princípio da moralidade administrativa,

configurado está o ato ímprobo do art. 11 da Lei 8.429/1992. 13. Recurso Especial provido.

(STJ – Resp: 1528102 PR 2015/0087545-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/05/2017, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 12/05/2017)

É de se ver, portanto, que a orientação dos Tribunais Superiores é consolidada no sentido da exigência da figura do dolo no comportamento do agente público para a configuração da hipótese prevista no artigo 11 da Lei 8.429/92.

Verifica-se, com isso, que não basta a realização de comportamento contrário aos princípios da administração pública para a configuração da hipótese prevista no artigo 11. Deve-se aferir o elemento subjetivo na conduta do agente, isto é, o dolo para fins de caracterização do ato de improbidade administrativa, caso contrário, estar-se-á diante de irregularidade punível na esfera administrativa, não sujeita às sanções da Lei 8.429/92.

Neste contexto, Anderson Pedra e Rodrigo Monteiro (2019, p. 249) sintetizam quatro requisitos para que seja configurado o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, veja-se:

Para a tipificação de qualquer uma das condutas trazidas pelo art. 11 da LIA há a necessidade de verificar quatro requisitos: *i)* dolo genérico; *ii)* conduta ilícita que não proporcione enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público; *iii)* atentado contra os princípios publicistas ou violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; e, *iv)* existência de nexos causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios ou aos deveres publicistas. (PEDRA; MONTEIRO, 2019, p. 249).

Com efeito, verifica-se que tais requisitos corroboram para demonstrar a exigência do dolo no comportamento do agente público, bem como o atentado, de fato, contra os princípios publicistas ou aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições esperados daquele que exerce a atividade pública.

Neste cenário, atos praticados com culpa ou que causem danos ínfimos não de ser considerados mera irregularidade, e não ato de improbidade, sujeitos com isso às respectivas punições na seara administrativa.

Por essas razões, cremos que a má-fé do agente deva ser valorada quando da identificação da improbidade material, operação que utiliza a noção de proporcionalidade e que necessariamente levará em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes ao ato, como é o caso da insignificância das normas violadas ou do dano causado, da satisfação do interesse público, da ausência de mácula a direitos individuais e da boa-fé do agente. (ALVES; GARCIA, 2017, p. 421).

Diante de todo o exposto, à luz do princípio da proporcionalidade, conclui-se que configurará ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92 as condutas praticadas dolosamente pelos agentes públicos, em razão de exercício funcional, contrárias aos princípios publicistas e que não ocasionem enriquecimento ilícito ao agente ou lesão ao erário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme delineado, a presente pesquisa objetiva analisar a hipótese de improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública, prevista no artigo 11 da Lei 8.429/92, sob a máxima do princípio da proporcionalidade.

O dispositivo, por envolver a análise de princípios constitucionais dotados de alta carga axiológica e alto grau de indeterminação, exige grande cautela do aplicador do direito, o qual deve se valer de técnicas de interpretação hermenêutica para concluir se o caso concreto configurará, de fato, ato de improbidade administrativa sujeito às disposições da Lei 8.429/92.

Para tanto, valendo-se do princípio da proporcionalidade, demonstrou-se a essencialidade da aferição do elemento subjetivo na conduta do agente público, o qual, conforme entendimento da doutrina majoritária e jurisprudência dominante, consubstancia-se na figura do dolo e da má-fé.

Assim, depreendeu-se que não basta que a conduta contrarie os princípios da administração pública para fins de caracterização do ato de improbidade, fazendo-se necessário que o agente público tenha atuado com a vontade livre e consciente de violar os princípios publicistas.

Além disso, demonstrou-se a imprescindibilidade de se analisar se no caso concreto a conduta gerou dano significativo aos princípios da administração pública, tendo em vista que não se mostra razoável a aplicação do instituto aos casos em que foram ocasionados danos insignificantes, hipótese em que sanções na esfera administrativa são suficientes para reprimir a irregularidade.

Nestes termos, não se pode admitir que todas as condutas dos agentes públicos que de certo modo venham a contrariar os princípios da administração pública sejam consideradas atos de improbidade administrativa, visto que tal consideração culminaria na aplicação irracional e desmedida do instituto a casos de mera ilegalidade, conceito que não se confunde com improbidade.

Portanto, com base na máxima da proporcionalidade, conclui-se que o ato de improbidade administrativa por violação a princípios previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92 restará configurado quando for constatada a improbidade de fato, isto é, quando restar demonstrada a má-fé e a vontade livre e consciente no comportamento do agente público de contrariar os princípios da Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº, 8.429, de 02 de junho de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1330293 SP 2011/0176161-8**. Primeira Turma. Relator, Ministro Benedito Gonçalves. Brasília. Diário de Justiça do Estado, 31 out. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652066136/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1330293-sp-2011-0176161-8>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1528102 PR 2015/0087545-9**. Segunda Turma. Relator, Ministro Herman Benjamin. Brasília. Diário de Justiça do Estado, 12 maio 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465695375/recurso-especial-resp-1528102-pr-2015-0087545-9>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1608450 PI 2015/0327040-7**. Segunda Turma. Relator, Ministro Herman Benjamin. Brasília. Diário de Justiça do Estado, 08 set. 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387070802/recurso-especial-resp-1608450-pi-2015-0327040-7/inteiro-teor-387070828?ref=serp>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de Direito Administrativo**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo. A prestação jurisdicional como serviço público: a observância do princípio da eficiência e sua relação com a razoável duração do processo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 167-182, jan./jun. 2015.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: uma leitura a partir de Robert Alexy. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 15, n. 2, p. 15-49, jul./dez. 2014.

PAZZAGILINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIO, Waldo. **Improbidade Administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEDRA, Anderson; MONTEIRO, Rodrigo. **Improbidade Administrativa**: doutrina e jurisprudência para utilização profissional. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.