

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DOUGLAS GUSMÃO

**A APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
PARA ATOS QUE ATENTAM CONTRA O PRINCÍPIO DA
EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COM A NOVA REDAÇÃO DA LEI
DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

RIBEIRÃO PRETO
2019

DOUGLAS GUSMÃO

**A APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
PARA ATOS QUE ATENTAM CONTRA O PRINCÍPIO DA
EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COM A NOVA REDAÇÃO DA LEI
DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Linha de pesquisa: Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania - Mestrado 2017/2019

Orientador: Prof.^a Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

RIBEIRÃO PRETO
2019

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento Técnico
da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Gusmão, Douglas, 1976-

G982a A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa para atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa com a nova redação da Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro / Douglas Gusmão. - Ribeirão Preto, 2019.
136 f.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel M. dos Santos Coelho.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,

UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2019.

1. Lei de Improbidade Administrativa. 2. Princípio da eficiência administrativa. 3. Normas do Direito Brasileiro. I. Título.

CDD 340

DOUGLAS GUSMÃO

A APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA
ATOS QUE ATENTAM CONTRA O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA
ADMINISTRATIVA COM A NOVA REDAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.


Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania


Data da defesa: 31 de maio de 2019

Resultado: Aprovado


BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira
USP – Universidade de São Paulo



Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO
2019

A Deus sobre todas as coisas, aos meus pais e familiares porque fizeram de mim quem sou.

Acima de tudo, minha gratidão a Deus. Ao meu orientador, Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, sem o qual esse trabalho dificilmente teria êxito.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo responder se houve comutação na aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, para os atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa, com a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942, pela Lei nº 13.655/2018 que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Com a nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tornou-se imprescindível a fundamentação em todas as esferas, administrativa e judicial, das consequências práticas da decisão, sendo vedada sua motivação apenas em valores jurídicos abstratos, ou seja, torna-se necessária a motivação da adequação da decisão. Destaca-se que, se mal aplicada, a Lei de Improbidade Administrativa, principalmente ao interpretar o princípio da eficiência administrativa, inserido na Constituição Federal no Capítulo da Administração Pública, pode comprometer as políticas públicas do Estado ao conduzir os agentes públicos a não tomarem a decisão mais eficiente com receio de responderem por improbidade administrativa. Considera-se que a Lei de Improbidade Administrativa, ao decidir que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade, foi redigida, propositalmente, de modo a permitir uma interpretação extensiva, a fim de combater a corrupção e concretizar os direitos fundamentais, individuais, políticos, sociais, coletivos e difusos expressos na Constituição. Demonstra-se, também, que o princípio da eficiência administrativa não pode ser observado apenas no resultado, uma vez que a eficiência deve permear todo o ato da administração, sob pena de desconfigurar o próprio conceito do princípio. Por fim, em relação à existência de comutação na aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa, o marco teórico foi a data da vigência da Lei nº 13.655/2018, publicada no Diário Oficial da União 26.4.2018.

Palavras-chaves: Lei de Improbidade Administrativa. Princípio da eficiência administrativa. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

ABSTRACT

This paper has as an aim to answer whether there has been commutation in the applicability of the Administrative Improbability Law, Law no. 8.429/1992, towards acts that violate the principle of administrative efficiency, with the amendment of the Law on Introduction to the rules of Brazilian Law, Decree-Law no. 4.657/1942, by the Law no. 13.655/2018 which included provisions regarding legal safety and efficiency in the creation and application of public Law. With the new redaction of the Law on Introduction to the rules of Brazilian Law, it has become indispensable the substantiation in all spheres, administrative and judicial, of the practical consequences of the decision, being prohibited its motivation only in abstract juridical values, that means that it has become mandatory to justify the adequacy of the decision. It should be highlighted that, if misapplied, the Administrative Improbability Law, mainly when interpreting the principle of administrative efficiency, inserted in the Federal Constitution in the chapter of Public Administration, may compromise the public policies of the State by leading the public agents not to make the most efficient decision for fear of responding to administrative impropriety. It is considered that the Administrative Improbability Law, when deciding that it is an attempt against the public administration principles any action or omission that violates the duties of honesty, impartiality, legality and loyalty, was intentionally written in a way to allow an extensive interpretation, aiming to fight corruption and fulfilling the fundamental, individual, political, social, collective and diffuse rights expressed in the Constitution. It is also shown that the principle of administrative efficiency can't be observed only in the results, once that the efficiency must permeate the entire administration process, under penalty of misconfiguring the concept of the principle itself. Finally, regarding to the existence of commutation in the applicability of the Administrative Improbability Law, the theoretical mark was the effective date of the Law no. 13.655/2018, published in the Union Official Journal in 04.26.2018.

Keywords: Administrative Improbability Law. Principle of administrative efficiency. Law on Introduction to the rules of Brazilian Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGE/MG	Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CP	Código de Penal
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDU	Código de Defesa do Usuário
CGU	Controladoria Geral da União
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DETRAN	Departamento de Trânsito
DOJ	<i>Department of Justice</i>
EUA	Estados Unidos da América
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
LAP	Lei da Ação Popular
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
MP	Medida Provisória
MPs	Ministérios Públicos estaduais
OAD	<i>Official Development Assistance</i>
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OECD	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i>
ONGs	Organizações Não-governamentais
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
PPA	Plano Plurianual
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i>
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira.
SIAPE	Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DOS PRINCÍPIOS	15
2.1 As funções dos princípios constitucionais.....	17
2.2 Princípios constitucionais da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal	19
2.2.1 Princípio da legalidade	21
2.2.2 Princípio da moralidade.....	22
2.2.3 Princípio da publicidade	23
2.2.4 Princípio da impessoalidade ou da finalidade	25
2.2.5 Princípio da eficiência	26
2.3 Princípios constitucionais da Administração Pública decorrentes do sistema	27
2.3.1 Princípio da supremacia do interesse público	28
2.3.2 Princípio da finalidade.....	29
2.3.3 Princípio da motivação	30
2.3.4 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	31
2.3.5 Princípios da lealdade e da boa-fé	32
2.3.6 Princípio da segurança jurídica.....	33
2.3.7 Princípio da probidade administrativa.....	34
2.4 Considerações parciais sobre os princípios	34
3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	36
3.1 Digressão histórica	37
3.2 Razões da inserção na Constituição Federal.....	39
3.3 Conceito.....	42
3.4 Considerações parciais	51
4 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	52
4.1 Conceito.....	53
4.2 Natureza jurídica.....	58
4.3 Elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa	61
4.3.1 Sujeitos	62
4.3.2 Ato danoso.....	69
4.3.3 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito	70
4.3.4 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.....	72

4.3.5 Atos que atentam contra os princípios da administração	75
4.3.6 Atos administrativos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.	77
4.4 Elemento subjetivo: dolo ou culpa	78
4.5 Sanções	80
4.5.1 Sanções jurídicas em espécie.....	82
4.5.1.1 Suspensão dos direitos políticos	83
4.5.1.2 Perda da função pública.....	84
4.5.1.3 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.....	86
4.5.1.4 Multa civil	87
4.5.1.5 Ressarcimento integral do dano.....	88
4.5.1.6 Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.....	89
4.6 Considerações parciais	89
5 A NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.....	91
5.1 Introdução da decisão com base em valores jurídicos abstratos e as consequências práticas da decisão	92
5.2 Princípio da motivação na LINDB	94
5.3 Consequência da decisão que invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa	95
5.4 Primado da realidade sobre as normas sobre gestão pública.....	97
5.5 Da extensão da técnica de modulação dos efeitos da decisão norma de conteúdo indeterminado	99
5.6 Irretroatividade do direito para revisão com base em mudança posterior de orientação geral	102
5.7 Da segurança aos agentes públicos.....	103
5.8 Considerações parciais	105
6 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO	107
6.1 A LIA e o Ministério Público	114
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
REFERÊNCIAS	120
BIBLIOGRAFIA	130

1 INTRODUÇÃO

Ao optar por um programa *stricto sensu* de pós-graduação em Direito, na área de concentração em direitos coletivos e cidadania, especificamente na linha de pesquisa de sua concreção, constatou-se que o trabalho seria desenvolvido em um contexto em que a população brasileira busca mudança para um Estado menos ineficiente e sem corrupção, em todos os níveis da Administração Pública.

Essa mudança é fruto da conscientização da população de que o Estado nasceu para servir ao cidadão, e não ao contrário, e do amadurecimento de nossas instituições. Contribui, também, a percepção que a instabilidade política e econômica do país, além do desemprego, ameaça o Estado Social e Democrático de Direito do Brasil pós-Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Assim, com a intenção de ampliar os conhecimentos acerca dos direitos coletivos e da cidadania, bem como de entender sua materialização para aplicação no combate aos dois maiores males do nosso regime democrático, reitera-se: a ineficiência e a corrupção, propõe-se uma reflexão acerca da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa - LIA (BRASIL, 1992) -, para atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa, principalmente com a nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (BRASIL, 2018a).

Com a inclusão de novos artigos na LINDB (BRASIL, 2018a), tornou-se imprescindível a fundamentação em todas as esferas, administrativa e judicial, das consequências práticas da decisão, sendo vedada sua motivação apenas em valores jurídicos abstratos, ou seja, torna-se necessária a motivação da adequação da decisão.

Assim, surge a pergunta: a partir da vigência da Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), publicada no Diário Oficial da União 26.4.2018, a aplicação da LIA (BRASIL, 1992) para atos que atentam contra o princípio da eficiência sofreu comutação¹ com a reforma da LINDB (BRASIL, 2018a)?

Objetivando responder a tal questionamento, foi feita uma delimitação do entendimento que se tem acerca das funções dos princípios constitucionais. Em capítulo próprio, tratou-se do princípio da eficiência administrativa, bem como sua aplicação na

¹ O sentido do substantivo comutação para essa dissertação é de alteração, transformação, transmutação, metamorfose. Propõe-se analisar se houve mudança na interpretação da Lei de Improbidade Administrativa com a Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018) ao acrescentar um conjunto de normas, arts. 20 a 30, a LINDB.

configuração da improbidade administrativa. Ainda, analisou-se a LIA (BRASIL, 1992) em seus principais aspectos, principalmente, o conceito jurídico de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. No mesmo sentido, a LINDB foi objeto de estudo, a partir de sua alteração legislativa (BRASIL, 2018a).

O princípio da eficiência administrativa foi pesquisado de modo exauriente na jurisprudência do Poder Judiciário, com ênfase no Supremo Tribunal Federal - STF - e Superior Tribunal de Justiça - STJ -, além dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais (TJSP e TJMG) e nos Tribunais de Contas do Estado de São Paulo e de Minas Gerais (TCSP e TCMG) e do Tribunal de Contas da União.

Pelas doutrinas especializadas², tentou-se, pela hermenêutica jurídica, demonstrar o conceito e a definição de ato administrativo ineficiente e a forma de subsunção à LIA (BRASIL, 1992) com o descumprimento do princípio da eficiência administrativa.

Analisou-se, também, a aplicabilidade da LINDB (BRASIL, 1942), alterada pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), que acrescentou 09 (nove) artigos ao inserir no ordenamento jurídico brasileiro normas que asseguram a segurança jurídica, a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

No Capítulo 2, foram analisadas, inicialmente, as funções dos princípios constitucionais e sua importância como mandados de otimização, definidos por Sundfeld (1995, p. 18) como as "idéias [sic] centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar-se".

Inaugurou-se esse capítulo com a arguição sobre o nascimento das funções dos princípios, que de fonte subsidiária progrediram para fonte primária de normatividade, isto é, foram elevados à categoria de norma jurídica do mesmo nível das regras estabelecidas pelo Poder Constituído.

Depois, abordaram-se os princípios constitucionais³ expressos para a Administração Pública, quais sejam, princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último tratado em capítulo próprio.

² As três principais obras de referência a respeito do princípio da eficiência publicadas no Brasil são: "Princípio constitucional da eficiência administrativa" (GABARDO, 2002) - primeira obra monográfica sobre o assunto publicada no país); "Princípio da eficiência da administração pública" (SANTOS, 2003); e "Princípio constitucional da eficiência administrativa" (BATISTA JÚNIOR, 2012).

³ Constituição Federal (BRASIL, 1988) foi a primeira a explicitar, no seu artigo 37, princípios expressos para administração pública.

Em seguida, foi tratado de alguns princípios constitucionais da Administração Pública decorrentes do sistema, isto é, daqueles não previstos de modo literal no texto constitucional para a Administração Pública, mas de observância obrigatória.

Obviamente, em decorrência de nossa CF (BRASIL, 1988) ser analítica, seria impossível esgotar todos esses princípios. Por isso, foi feita uma compilação entre alguns doutrinadores constitucionais (BASTOS, 2010; BITTENCOURT, 2017; NOVELINO, 2017; BONAVIDES, 2018) e cuidou-se dos mais citados por eles.

Por essa técnica, obteve-se no resultado o princípio da supremacia do interesse público, da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, da lealdade e da boa-fé, da segurança jurídica e o da probidade administrativa.

No Capítulo 3, destaca-se a importância do princípio da eficiência administrativa, conceito jurídico indeterminado, e conceituado por Batista Júnior (2012, p. 83) como o “poder-dever de, diante dos mais variados interesses presentes, adotar, no caso concreto, dentro da margem discricionária aberta pela lei, aquela decisão mais eficiente para a persecução do bem comum”.

No Capítulo 4, o mais extenso em virtude da complexidade da LIA (BRASIL, 1992), foram abordados os mecanismos de aplicabilidade da LIA, além da definição dos seus elementos constitutivos (sujeitos, ato danoso, dolo ou culpa e sanções) para entender a sua origem, natureza jurídica e o conceito de ato de improbidade administrativa.

Já no Capítulo 5, cuidou-se de examinar a LINDB, que nasceu em nosso ordenamento jurídico com o Decreto-Lei nº 4.657/42 (BRASIL, 1942), e foi recepcionada como lei ordinária pela CF (BRASIL, 1988), com o objetivo de disciplinar outras normas jurídicas. Com sua alteração pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), que acrescentou os arts. 20 a 30 com a explícita finalidade de inserir no ordenamento jurídico brasileiro normas que assegurem a segurança jurídica, a eficiência na criação e na aplicação do direito público, passou ser obrigatória também nas esferas administrativa, controladora e judicial.

Por fim, no capítulo 6, foram apresentados o princípio da eficiência administrativa, a LIA (BRASIL, 1992) e a LINDB ((BRASIL, 2018a), com dados e evidências empíricas para o diagnóstico do apequenamento dos gestores públicos, decorrente da interpretação dada à LIA (BRASIL, 1992), principalmente pelos órgãos de controle, e o grave risco de sua desmoralização, consistentes na propositura de ação civil pública para combater típicos atos de improbidade administrativa e para simples irregularidades funcionais.

Quanto à metodologia utilizada, foi adotado o método dedutivo no trato da pesquisa, tendo como técnica empregada o procedimento de revisão de bibliografia pertinente à

temática proposta por meio de literatura doutrinária, artigos científicos e legislação, compreendida em legislação constitucional, infraconstitucional e metajurídico.

Enfim, o presente trabalho tem como objetivo responder se houve comutação na aplicabilidade da LIA (BRASIL, 1992), para os atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa, com a alteração da LINDB pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), visto que agora é imprescindível a fundamentação em todas as esferas administrativas, inclusive judicial, das consequências práticas da decisão vedada sua motivação apenas em valores jurídicos abstratos, ou seja, torna-se necessária a motivação da adequação da decisão.

2 DOS PRINCÍPIOS

Não é possível entender o que é princípio jurídico se não se conhece a estirpe da palavra. A origem do termo princípio é do latim *principium* (SILVA, 2018, p. 448) e corresponde ao início, ao momento inicial de alguma coisa. Portanto, trata-se do começo de algo. Possui, também, a acepção de ser o alicerce de uma ciência, a base da qual se extrai o norte a ser seguido. Assim, os princípios jurídicos são os “alicerces do Direito”, aqueles pontos básicos que servem de ponto de partida, ou de elementos vitais do Direito (SILVA, 2018, p. 448).

Os princípios são definidos por Sundfeld (1995, p. 18) como "idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar-se". Para Alexy (1993, p. 141) “os princípios são mandados de um determinado tipo, quer dizer, mandados de otimização. Enquanto mandados, pertencem ao âmbito deontológico”.

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2015, p. 230).

É necessário, desde já, diferenciar os princípios jurídicos das regras. Silva (2018, p. 92) inicia a explicação ao apontar que a palavra princípio é equivocada por aparecer com sentidos diversos, inclusive no sentido de norma de princípio (ou disposição de princípio). Sobre a distinção entre princípio e regras, Amaral Júnior (2011, p. 27) nos ensina que:

Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de ‘tudo ou nada’, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente.

A respeito do tema, Alexy (1993, p. 86) esclarece que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Já regras são normas que só podem ser cumpridas no todo. Caso a regra seja válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Logo, possuem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível (ALEXY, 1993, p. 87).

É interessante, sobre o tema, o entendimento de Dworkin (1999, p. 413) ao asseverar que o conceito de direito é um conceito inerente às sociedades que se caracterizam pelo pluralismo e não se esgota em um rol de regras ou princípios.

O direito não se exaure em nenhum catálogo de regras ou princípios, cada um com seu próprio domínio sobre alguma arena separada do comportamento. [...] O império do direito é determinado pela atitude, não pelo território, ou pelo poder, ou processo. [...] Ele é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva endereçada à política no sentido mais amplo. É uma atitude de protesto que torna cada cidadão responsável por pensar o que os compromissos públicos de sua sociedade são em princípio, e o que estes compromissos exigem em novas circunstâncias. O caráter de protesto do direito [...] almeja, no espírito interpretativo, assentar princípio sobre a prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a fé correta no passado. É, finalmente, uma atitude fraternal, uma expressão de como nós estamos unidos em comunidade, apesar de divididos em projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer maneira, o que o direito é para nós, para o povo que nós queremos ser e para a comunidade que nós pretendemos ter. (DWORKIN, 1999, p. 13).

Com muita ponderação sobre ao assunto, Ávila (2018, p. 120) aponta que um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Se composto só de princípios, seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. Se composto só de regras, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos.

Um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Federal é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder. (ÁVILA, 2018, p. 120).

Para Gunter (2010, p. 319), a diferença entre regras e princípios é restrita ao plano da aplicação, não sendo de cunho conceitual, e assim não tem razão de existir. Para ele, não sendo de cunho conceitual não há nada a justificar sua diferenciação.

A distinção entre princípios e regras não é uma distinção do conceito de norma, mas das condições da ação, sob as quais as normas são aplicadas. Esse fato, porém, não exclui que cada norma, per se, possa ser aplicada de tal modo que todos os sinais característicos efetivos e normativos de uma situação sejam examinados. Provavelmente, esse será um desenvolvimento inevitável em sociedade complexas, justamente no caso daquelas normas que, no âmbito do possível, aparentemente constituem 'declarações' definitivas. (GUNTER, 2010, p. 319).

É nesse contexto que doutrinadores defendem não haver razão para se distinguir regras de princípios, principalmente, em decorrência das inúmeras semelhanças entre ambas as normas.

2.1 As funções dos princípios constitucionais

Era comum o apontamento de três funções aos princípios: fundamentar, interpretar e integrar as regras no ordenamento jurídico.

A primeira atua como fundamentadora das demais regras, ou melhor dizendo, uma ferramenta com função de fundamentar as regras já inseridas na ordem jurídica. Nesse sentido, Mello (2015, p. 230) na clássica definição de princípio como mandamento nuclear de um sistema.

Os princípios da administração pública são regras que servem de interpretação das demais normas jurídicas, desta forma, cabe aos princípios eliminar lacunas proporcionando ao ordenamento jurídico certa coerência e harmonia para o bom andamento das administrações públicas, seja elas diretas e indiretas. (KEMP, 2015, p. 128).

Por função interpretativa entende-se o condicionamento da atividade do intérprete para a efetividade na aplicação da norma. Sua influência é destinada ao aplicador do direito que buscará o sentido e o significado da norma. Nessa função, os princípios agem como bússolas que norteiam a interpretação do direito, de modo a direcionar sua linha de pensamento.

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com

fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 1998, p. 148).

Já a função integrativa é empregada se houver lacuna jurídica, em outras palavras, inexistindo regra deverá o direito ser preenchido com a utilização dos princípios. Assim, o princípio tem o papel de fonte subsidiária do direito, preenchendo este as lacunas apresentadas no ordenamento jurídico vigente, agindo tão somente na hipótese de ausência da lei a ser aplicada ao caso concreto.

Essas funções prevaleceram antes da fase pós-positivista. Não se reconhecia aos princípios seu caráter normativo, sendo considerados apenas comandos gerais, destituídos da imperatividade típica das normas e sendo vistos como mera sugestão.

Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância. (BONAVIDES, 2018, p. 263).

De acordo com Bonavides (2018, p. 254), de antiga fonte subsidiária em terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, tornaram-se fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional

Afasta-se, portanto, anterior visão de que os princípios jurídicos possuem apenas índole política e não jurídica. Descarta-se aquela ideia de que em virtude de possuírem altos traços de indeterminação tinham valor apenas as funções de fundamentar, interpretar e integrar as regras no ordenamento jurídico.

Assim, para Marmelstein (2001, p. 333), as “Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais e converte a teoria dos princípios no coração das Constituições”.

O STF, há muito tempo, já emana votos nesse sentido de dar dimensão funcional aos princípios:

[...] o respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores - que

desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos - introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder. (Voto do Min. Celso de Mello, proferido na PET-1458/CE [DJ 04-03-98, Julgamento 26/02/1998]).

Logo, atualmente, a partir das novas noções do constitucionalismo contemporâneo, os princípios possuem como característica a normatividade, fazendo parte, em conjunto com as regras, do conceito de normas e possuem coercibilidade e força normativa.

Sem esquecer, os princípios, quando normatizados, passam a ser cláusulas gerais, e, como tais, sobrepõem-se à regra, uma vez que esta passa a ser interpretada com base nos valores previstos naquele.

2.2 Princípios constitucionais da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal

A atual Constituição Federal (BRASIL, 1988) foi a primeira a explicitar, no seu artigo 37, princípios expressos para Administração Pública, os conhecidos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Logo, a Administração Pública segue determinados princípios constitucionais expressos.

Naturalmente, deve obedecer não só aos princípios expressos e próprios da Administração Pública. Ora, nossa CF (BRASIL, 1988) é analítica⁴ e contém inúmeros princípios expressos para outros ramos do Direito, como penal e tributário, além de princípios implícitos⁵, e todos devem ser respeitados pelos Poderes Constituídos.

Não custa lembrar a inexistência de hierarquia entre os princípios constitucionais, uma vez que todos possuem a mesma força normativa, independentemente de sua topografia, expresso ou implícito, gerais ou específico.

Ademais, leis infraconstitucionais podem impor outros princípios. Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 (BRASIL, 1999)⁶, Lei de Processo Administrativo Federal, logo no artigo 2º cita

⁴ As Constituições analíticas são extensas, prolixas e abarcam as matérias que o Poder Constituinte julgou de relevante e interesse no momento histórico de sua edição.

⁵ Para Sundfeld (1995, p. 144) “os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios”.

⁶ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. (BRASIL, 1999).

os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98), aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. 111).

A Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei do Processo Administrativo Federal), n. artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (DI PIETRO, 2017, p. 309).

Não resta dúvida, os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, concernentes à Administração Pública, têm salutar importância e imperatividade, sendo de observância obrigatória, não havendo que se cogitar em momento algum da facultatividade de quaisquer deles, conforme decisão já tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 248-I/ RJ:

ADIN - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (ADCT, ARTS. 69 E 74) - PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS PÚBLICOS (TRANSFERÊNCIA E TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS) - OFENSA AO POSTULADO DO CONCURSO PÚBLICO - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADO AO CHEFE DO EXECUTIVO - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. - Os Estados-membros encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II). A partir da Constituição de 1988, a imprescindibilidade do certame público não mais se limita a hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se as pessoas estatais como regra geral de observância compulsória. - A transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas traduzem, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, formas inconstitucionais de provimento no Serviço Público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido. Insuficiência, para esse efeito, da mera prova de títulos e da realização de concurso interno. Ofensa ao princípio da isonomia. - A iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes. Incide em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local. - A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência (STF - ADI: 248 RJ,

Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 18/11/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 08-04-1994 PP-07222 Ementa Vol-01739-01 PP-00008).

Carvalho Filho (2017, p. 19), discorrendo sobre os princípios, escreve que “revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles”.

2.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade atribui, tanto ao administrador, como ao administrado, incluindo o servidor público, a submissão estrita à lei. Nesse sentido, Di Pietro (2017, p. 319) advoga que o princípio da legalidade autoriza a Administração Pública a fazer o que a lei permite. Adota-se o critério de subordinação à lei.

A legalidade significa que a Administração Pública não tem liberdade e nem vontade pessoal, só pode fazer o disposto em lei. Não é praticável, assim, qualquer ato que não esteja expressamente previsto em norma, isso porque, no âmbito do direito administrativo se proíbe tudo o que não for devidamente permitido em lei.

Nesse diapasão, confirmando o explanado acima, ensina que: [...] a legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (MEIRELLES, 2018, p. 67).

Isso desdobra da própria teoria do Estado ao apontar duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. É por isso que administrar é função subjacente à de legislar (CARVALHO FILHO, 2017, p. 286).

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhistas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéias de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). (MELLO, 2010, p. 97).

Para Gasparini (2012, p. 7), “o princípio da legalidade significa estar a Administração pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo agastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”.

Consequentemente, o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da CF (BRASIL, 1988), é simultaneamente um limite e uma garantia, pois ao mesmo tempo em que é um limite à atuação do Poder Público ao autorizar seu exercício somente com base em regras já estabelecidas, é, também, uma garantia aos administrados ao permitir somente cumprir as exigências do Estado se estiverem previstas na lei.

2.2.2 Princípio da moralidade

Segundo Rocha (2000, p. 190), "a exigência da moralidade administrativa firmou-se como um dos baluartes da confiança do povo no próprio Estado", sendo "não apenas Direito, mas direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto”.

A moralidade administrativa determina um comportamento ao administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria ideia do dever de exercer uma boa administração (DELGADO, 1992, p. 19).

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 309).

Assim, observa-se que o princípio da moralidade administrativa não se confunde com o princípio da legalidade, visto que o ato administrativo, ainda que previsto em lei, pode afrontar aos parâmetros considerados moralmente corretos pela sociedade, e, portanto, ser declarado nulo como se fosse ilegal (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 271).

O STF, analisando o princípio da moralidade administrativa, manifestou-se afirmando:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca

teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez ‘el hecho de su consagracion em uma norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter’ (El principio de buena fé em el derecho administrativo. Madri, 1983, p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César (STF - 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 - SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v. u.; RTJ 153/1.030).

A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados, que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum.

Enfim, o princípio da moralidade administrativa impõe à Administração Pública não apenas uma atuação legal, mas também moral, pautada na ética, honestidade, lealdade e boa-fé.

2.2.3 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade possui o escopo de assinalar o princípio republicano⁷, uma vez que todo poder emana do povo e os cidadãos são seus verdadeiros titulares. Ora, o administrador público não é proprietário do patrimônio estatal, sendo mero representante da gestão dos bens da coletividade, devendo possibilitar aos administrados o conhecimento integral de suas condutas administrativas.

Tamanho sua importância que, além de constar na cabeça do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), foi inserido em seu parágrafo primeiro para deixar claro a necessidade de controle dos atos administrativos, por meio da publicidade.

Art. 37.

[...] § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que

⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 1988).

caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. (BRASIL, 1988).

Na verdade, o princípio visa a dar maior transparência, de modo a permitir que todos recebam dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo que serão prestadas no prazo da lei, conforme art. 5º, XXXIII, da CF (BRASIL, 1988):

Art. 5º

[...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O princípio da publicidade é um direito fundamental e está regulamentado na Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011)⁸. Pela lei, uma informação pública somente pode ser classificada como sigilosa quando for considerada imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado.

Art. 3º

Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção.

Aliás, a publicidade dos atos administrativos em órgão oficial é pressuposto de validade e eficácia dos atos. Deve a Administração Pública dar a mais ampla divulgação possível de seus atos aos administrados, sendo o sigilo admitido em raríssimas situações⁹.

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA DOS SEGURADOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE ATÉ 15 DIAS. RAZOABILIDADE. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM O SUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. AMPLA DIVULGAÇÃO DO PRAZO NAS DEPENDÊNCIAS POR INFORMES LEGÍVEIS E VISÍVEIS E POR DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO FACILITADORES DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. Na origem, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra o INSS para que, em síntese, a autarquia fosse condenada à realização da perícia médica dos segurados no prazo máximo de 15 (quinze) dias relativamente à Agência da Previdência Social de São Bernardo do Campo, a qual está

⁸ A Lei 12.527/2011 (BRASIL, 2011) regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal (BRASIL, 1988); altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990); revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005 (BRASIL, 2005), e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991 (BRASIL, 1991); e dá outras providências.

⁹ Em alguns casos, quando o interesse público ou a segurança o justificarem, como no disposto dos artigos 5º, incisos X, XXXIII, LX poderá a publicidade ser vetada.

demorando, em média, 5 (cinco) meses para o atendimento pericial. 2. [...] 5. Em razão do princípio da publicidade, a Administração deve dar a mais ampla divulgação possível de seus atos aos administrados, sendo o sigilo admitido em poucas situações. Ademais, o gênero direito à informação corresponde a uma garantia fundamental da pessoa humana, sendo assegurado ‘a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional’ (art. 5º, XIV, da Constituição da República). 6. A Agência da Previdência Social deverá dar publicidade e informar que a perícia médica será realizada em até 15 (quinze) dias, mediante informes com dizeres precisos, a serem fixados em suas dependências, em locais visíveis e com letras de tamanho legível, bem como por dispositivos facilitadores da informação às pessoas com deficiência, a exemplo dos deficientes visuais, nos termos da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Recurso especial do INSS improvido. (STJ - REsp: 1586142 SP 2016/0041534-0, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 05/04/2016, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 18/04/2016).

Assim, os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, uma vez que constitui fundamento do próprio princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos (CARVALHO FILHO, 2017, p. 37).

2.2.4 Princípio da impessoalidade ou da finalidade

O princípio da impessoalidade ou da finalidade visa estabelecer o dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios, além de imputar à Administração os atos do agente público.

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. (MEIRELLES, 2018, p. 95, grifo do autor).

Por esse princípio, a Administração Pública está impedida de agir para satisfazer qualquer interesse particular, restando como superior o interesse público. Deve ter como finalidade essencial a satisfação do interesse público, buscando as melhores vias para a sociedade como um todo. A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada de forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige.

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen- tosas. Nem

favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideologias não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. (MELLO, 2015, p. 117).

Fica claro que a atuação impessoal da administração pública requer sempre a finalidade de sobrepor os interesses coletivos aos individuais, mesmo que, nesse contexto, interesses privados sejam beneficiados ou prejudicados. O que o princípio veda é o ato administrativo dirigido ao interesse de uma minoria específica. A atividade administrativa deve ser dirigida com finalidade pública, aos cidadãos em geral, sem favoritismos, discriminações benéficas e detrimementosas.

Muito importante é enfatizar que a impessoalidade administrativa tem conteúdo positivo e negativo. No primeiro caso, por ele se assegura que a neutralidade e a objetividade têm que prevalecer em todos os comportamentos da Administração Pública. Neste sentido, a impessoalidade assegura um conteúdo preceptivo positivo, indicando-se o que se deve conter em determinado ato da Administração Pública. Mas este princípio guarda também conteúdo negativo quando constitui indicativo de limites definidos à atuação administrativa. Por ele, não se podem praticar atos que tenham motivos ou finalidade despojada daquelas características. (ROCHA, 1994, p. 148).

Os atos da administração devem estar de acordo com a finalidade genérica, ou seja, a satisfação do interesse público. A desobediência desse objetivo constitui desvio de finalidade e, por conseguinte, improbidade administrativa. Trata-se da ausência de subjetividade.

Para Mendes e Branco (2018, p. 861), a impessoalidade é um “comando constitucional” no sentido de que “à Administração não é permitido fazer diferenciações que não se justifiquem juridicamente, pois não é dado ao administrador o direito de utilizar-se de interesses e opiniões pessoais na construção das decisões oriundas do exercício de suas atribuições”.

Por derradeiro, o objetivo do princípio da impessoalidade é assegurar a segurança jurídica em relação à administração pública, procurando sempre colocar em primeiro lugar o interesse público primário e visando a coibir qualquer tipo de imparcialidade, portanto visa a coibir qualquer tipo de atuação arbitrária do administrador, assim como dos seus agentes, deixando sempre em primeiro lugar o atendimento ao interesse público primário.

2.2.5 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência será tratado de modo mais detalhado no próximo capítulo, em razão da sua importância para a resposta acerca da comutação na aplicabilidade da LIA

(BRASIL, 1992), para os atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa, com a alteração da LINDB (BRASIL, 2018a).

Interessante já consignar que o princípio foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1998a), e, para Carvalho (2007, p. 231), pretenderu impor à Administração Pública “o dever de concretizar suas atividades com vistas a extrair o maior número possível de efeitos positivos ao administrado, sopesando a relação custo benefício, buscando a excelência de recursos, enfim, dotando de maior eficácia possível as ações do Estado”.

Para Moraes (2017, p. 259), a essência para inserção foi asseverar maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos. Nas palavras de Di Pietro (2017, p. 83), “é um princípio extremamente contemporâneo, posto que o administrado deve ter suas demandas atendidas com presteza e o serviço público tem de ser prestado como todo e qualquer serviço da atualidade e dar ao público o atendimento qualitativo e satisfatório”.

2.3 Princípios constitucionais da Administração Pública decorrentes do sistema

Como cediço, os princípios constitucionais da Administração Pública podem ser explícitos e implícitos, aqueles expressos na cabeça do art. 37 da CF (BRASIL, 1988), estes não previstos de modo literal no texto constitucional. Igualmente, é notória a inexistência de importância ou hierarquia entre eles, visto que ambos possuem matriz constitucional.

Os Princípios de direito são positivos, e tanto faz serem explícitos ou implícitos, pois em verdade, eles são enunciados basilares de um ordenamento jurídico que age, reage e interage, inclusive com suas normas, pela perfeita compreensão de seus alicerces fundamentais (os Princípios jurídicos). (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 23).

Assim, os princípios implícitos da Administração Pública possuem a mesma natureza e relevância dos expressos, e ampliam as normas informadoras e de gestão do Estado. Ambos são a essência da própria Constituição.

Os Princípios possibilitam que o valor da Justiça - assim legitimamente considerado e demonstrado por determinada sociedade política - se cumpra segundo normas asseguradoras do modelo de vida escolhido, sem impor a petrificação de um determinado paradigma normativo, antes, permitindo que o sistema normativo constitucional amolde-se aos reclamos da sociedade em cada momento histórico, segundo o seu pensar sobre o que seja para ela o modo justo de viver e conviver. [...] Os Princípios constitucionais são, assim, o cerne da Constituição, onde reside a sua identidade, a sua alma. A ordem constitucional forma-se, informa-se e conforma-se pelos Princípios adotados. São eles que a mantêm em sua dimensão sistêmica, dando-lhe fecundidade e

permitindo a sua atualização permanente. É na recriação de seu texto que se permite à Constituição renascer, adequando-se ao sentido do Justo que o povo acolhe em cada momento histórico, legitimando-se pelo movimento incessante, mas sem conduzir à perda da natureza harmoniosa que preside o sistema e que fica assegurada pela integratividade que a observância dos Princípios possibilita. (ROCHA, 1994, p. 22).

Desse jeito, é imprescindível entender o alicerce principiológico da CF (BRASIL, 1988), uma vez que todo o ordenamento jurídico deve respeitá-lo, independentemente de serem princípios explícitos, como os da cabeça do art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ou implícitos.

Além dos princípios expressos, a Administração Pública ainda se orienta por outras diretrizes que também se incluem em sua principiológica, e que por isso são da mesma relevância que aqueles. Doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela a sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 280).

Não há unanimidade sobre quais são os princípios implícitos da Administração Pública. Na verdade, há princípios implícitos já reconhecidos em nosso ordenamento jurídico, tais como: o princípio da supremacia do interesse público, da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, da lealdade e da boa-fé, da segurança jurídica e o da probidade administrativa.

Interessante reiterar que o art. 2º da Lei Federal 9.784/99 (BRASIL, 1999), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, traz um rol de princípios de aplicação obrigatória para a Administração Pública Federal e de aplicação subsidiária para demais Administrações Públicas, leia-se estadual e municipal.

2.3.1 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público coloca a Administração Pública em uma posição de superioridade para proteger o interesse da coletividade em relação aos administrados. Nas palavras de Meirelles (2018, p. 101), “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.”

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato,

o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o Welfare State (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 280).

Trata-se de um poder irrenunciável, visto que é inerente à segurança jurídica do próprio Estado Democrático de Direito e consubstanciado na isonomia material, isto é, trata os desiguais na medida de sua desigualdade.

2.3.2 Princípio da finalidade

O princípio da finalidade impõe ao agente público a obrigatoriedade de realizar o ato administrativo com o objetivo de atender à finalidade perseguida pela lei, e não se confunde com princípio da legalidade, que determina a submissão da Administração Pública aos termos da lei.

Mello (2015, p. 106), leciona:

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele, está nele contido, pois correspondente à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na sua conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com a sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício - denominado 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade' - são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende a própria lei. [...] Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se público, mas também a finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim há desvio de poder e, em consequência nulidade do ato'. É que a lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo escopo. Não lhe é indiferente que se use, para perseguir dado objetivo, uma ou outra competência, que se estribem em uma ou outra atribuição conferida pela lei, pois, na imagem feliz do precitado Caio Tácito: A regra de competência não é um cheque em branco.

Assim, o princípio da finalidade é a determinação para que o administrador busque o fim público visado pela lei, qual seja, o interesse público primário¹⁰. Para Meirelles (2018, p. 91):

A finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por desvio de finalidade, que a nossa lei da ação popular conceituou como ‘fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência’ do agente (Lei 4.717/68, art.2º, parágrafo único, ‘e’).

2.3.3 Princípio da motivação

O princípio da motivação determina para a Administração Pública, e para os administradores, a necessidade de justificar todos os atos administrativos. Não se confunde com os motivos, visto que estes são as premissas da prática do ato administrativo e correspondem aos fatos e às circunstâncias que levam a administração a praticar o ato. Ensina Di Pietro (2017, p. 212):

[...] que motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo e que a motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram’ e ainda exemplifica dizendo que ‘[...] no ato de punição do funcionário, o motivo é a infração que ele praticou, no tombamento, é o valor cultural do bem, na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário; na exoneração do funcionário estável é o pedido por ele formulado.

Em suma: motivo é o fato de direito que determina o fundamento do ato administrativo, as razões que determinam a vontade do agente, quer dizer, os fatos que deram apoio à decisão da Administração. Já motivação é o ato ou efeito de motivar, de dar uma justificativa ou uma exposição das razões originárias daquele ato administrativo.

O princípio da motivação é imprescindível, tanto para os atos vinculados, quanto para os atos discricionários¹¹, e, a partir da motivação do ato administrativo, a Administração fica vinculada aos motivos, para todos os efeitos jurídicos, conforme a teoria dos motivos

¹⁰ Sobre a diferença entre interesse público primário e secundário ver nota de rodapé 25.

¹¹ Na concepção de Meirelles (2018, p. 156) “Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”, ao passo que “discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização”.

determinantes¹², que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato.

O Poder Judiciário tem se posicionado, em suas decisões, que o princípio da motivação é fundamental para o controle da legalidade dos atos administrativos.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO ESTACIONADO EM LOCAL PROIBIDO. TERMO DE APREENSÃO SEM DISPOSITIVOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO QUE REGE TODOS OS ATOS ADMINISTRATIVOS E DO DIREITO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DE ATO. REEXAME NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1-Termo de Apreensão sem constar os dispositivos que demonstram a infração cometida. Exigência necessária em virtude do direito que se tem em saber a motivação que gerou a imposição da penalidade. 2-Violação flagrante do princípio da motivação que rege todos os atos administrativos. 3-Reexame Necessário não provido. 4-Decisão Unânime. (Processo: REEX 379915220068170001 PE 0037991-52.2006.8.17.0001; Relator(a): José Ivo de Paula Guimarães; Julgamento: 12/04/2012; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível).

Enfim, o princípio da motivação serve para resguardar os direitos individuais dos administrados contra atos arbitrários da Administração. Mais uma vez Mello (2015, p. 382), de modo cirúrgico, aponta que “não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois estará se comportando fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente.”

2.3.4 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Não se desconhece a distinção para alguns doutrinadores entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (OLIVEIRA, 2012), todavia as diferenças não são relevantes para a conclusão dessa dissertação, visto não interferir no resultado.

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade institui o dever da Administração Pública de decidir de modo razoável, isto é, de atuar de modo coerente com o fim público pretendido. Segundo Gasparini (2012, p. 92), “a razoabilidade deve estar em consonância com

¹² A propósito da teoria dos motivos determinantes, Mello (2015, p. 398) a descreve: “de acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos “motivos de fato” falso, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto essa obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam”.

a proporcionalidade e é a adequação dos meios ao fim, devendo o ato ser compatível com a finalidade pública a ser perquirida”.

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excessos, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se ainda que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque ‘cada norma tem uma razão de ser’. (MEIRELLES, 2018, p. 92).

Sobre o tema:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. - Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. - A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, ‘b’). - O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratandose, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’ (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. (RE 200844 AgR, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 16-08-2002 PP-00092 EMENT VOL-02078-02 PP-00234 RTJ VOL-00195-02 PP-00635).

2.3.5 Princípios da lealdade e da boa-fé

Mello (2015, p. 61) é categórico em incluir o princípio da lealdade e da boa-fé como princípio da administração pública. O mesmo autor afirma que:

Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzales Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Confome elucidada Di Pietro (2017, p. 403), o princípio da lealdade e da boa-fé não está previsto expressamente na CF (BRASIL, 1988), porém pode ser extraído implicitamente de outros princípios, especialmente do princípio da moralidade administrativa e da própria exigência de probidade administrativa que decorre de vários dispositivos constitucionais (arts. 15, V, 37, §4º, 85, V).

Já a LIA (BRASIL, 1992) considera como ato de improbidade os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, por ação ou omissão, e violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Assim, só haverá moralidade administrativa se houver lealdade e boa-fé no trato das coisas públicas, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia.

2.3.6 Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica ou da confiança tem alicerce constitucional no artigo 5º, XXXVI (BRASIL, 2018)¹³, e garante a estabilidade ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, além de veracidade dos atos normativos.

Como já foi sublinhado em estudos modernos sobre o tema, o princípio em tela comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão. De um lado, a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, de uso mais constante no direito privado (VALIM, 2010, p. 104).

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (BRASIL, 1988).

Para o princípio da segurança jurídica, Valim (2010, p. 28) advoga que a estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição.

Desse modo, a função do princípio da segurança jurídica é garantir aos cidadãos confiança que o gestor público irá desempenhar sua atribuição de modo a atender todos os anseios da sociedade, e coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança. (MELLO, 2015, p. 125).

2.3.7 Princípio da probidade administrativa

O princípio da probidade administrativa diferencia-se do princípio da moralidade administrativa, este determina a imperatividade das regras éticas na atividade administrativa (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 101), aquele constitui um verdadeiro dever funcional do agente que atua em nome do Estado, devendo este, no exercício de suas funções e com zelo ao patrimônio público, buscar sempre o interesse público primário (interesse geral da sociedade). (DI PIETRO, 2017, p. 879).

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4.º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer (SILVA, 2018, p. 671).

Martins Junior (2009, p. 103) afirma que a probidade administrativa se estabelece como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração Pública (sendo esta titular do direito), e, externamente, determina que nas relações jurídicas com terceiros também a Administração Pública por seus agentes observe o seu postulado.

2.4 Considerações parciais sobre os princípios

O filósofo Zygmunt Bauman¹⁴ criou a expressão “modernidade líquida” para se referir ao mundo globalizado. A liquidez e sua volatilidade seriam características que vieram

¹⁴ Zygmunt Bauman (1925-2017) é considerado um dos pensadores mais importantes do fim do século 20. Uma das frases mais famosas é “Vivemos em tempos líquidos. Nada foi feito para durar”.

desorganizar todas as esferas da vida social, como o amor, a cultura, o trabalho, etc., tal qual a conhecíamos até o momento. Esse conceito é plenamente aplicável à ciência jurídica.

Desse modo, as inovações tecnológicas e as mudanças culturais dos tempos atuais obrigam a busca de soluções mais complexas e adequadas para o Estado alcançar seu objetivo¹⁵. É nessa perspectiva que desponta o mérito dos princípios, precipuamente dos princípios constitucionais.

Hodiernamente, no constitucionalismo contemporâneo, os princípios possuem como característica a normatividade, fazendo parte, em conjunto com as regras, do conceito de normas e possuem coercibilidade e força normativa.

Os princípios conferem unidade harmônica ao sistema ao permitir sua superação, recriação e atualização, mesmo que não venha de uma forma escrita ou explícita. São predeterminantes de todo o sistema ao identificar seu espírito, além de conter normatividade plena, posta à disposição do intérprete, assumindo a função de rejeitar a introdução no sistema normativo de qualquer conteúdo que se contraponha a ele ou lhe seja incompatível, ou que fira o modelo ético e político adotado pela sociedade, por meio de suas conquistas democráticas.

Assim, para responder se houve comutação na aplicabilidade da LIA (BRASIL, 1992) para os atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa, com a alteração da LINDB (BRASIL, 2018a), é necessário conhecer os princípios constitucionais dentro do atual cenário político e jurídico de combate à corrupção e de ineficiência do Estado.

¹⁵ Art. 3º da CF *in verbis* “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Inicialmente, em um pensamento lógico, seria desnecessário o princípio da eficiência administrativa, muito menos de um princípio constitucional, para impor eficiência à administração pública, uma vez que é impensável um Poder Constituído agir de modo ineficiente.

Ainda assim, o princípio da eficiência foi expressamente inserido na CF (BRASIL, 1988) para impor uma obrigação à Administração Pública de valorar entre os distintos interesses públicos a serem sopesados para a efetiva concretização do bem comum e no caso concreto adotar a eficiente para a persecução do bem comum.

Como observa Batista Júnior (2012, p. 38), a eficiência pública não é uma eficiência econômica, que considera apenas a economicidade, e sim uma eficiência jurídica multifacetada, com inúmeros aspectos, que deve considerar uma série de referenciais axiológicos como os ingredientes éticos e políticos, bem como se curvar a aspectos atinentes à segurança jurídica, sendo que, antes de tudo, deve reverência ao próprio traçado das normas do ordenamento jurídico.

Eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário - o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico.

Parte da doutrina tem preferido, por isso, a expressão princípio da eficiência administrativa, para reduzir o risco de transposição indevida dos conceitos econômicos para a dimensão estatal. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 222).

Na verdade, ao se falar em eficiência na administração pública, significa que o gestor público deve gerir a coisa pública com efetividade, economicidade, transparência e moralidade, visando a cumprir as metas estabelecidas.

[...] a eficiência administrativa não é nem mais nem menos abstrata que a moral administrativa. Mesmo o princípio da legalidade possui fortes controvérsias em seu entendimento. Em todos os casos não existe um conceito legal que determine a priori seu sentido lógico ou jurídico. A ciência do direito, entretanto, tem o papel de tentar propor sentidos que serão mais ou menos recebidos pelos operadores. Tais definições não serão nem verdadeiras, nem falsas; nem certas, nem erradas - elas irão conquistar maior ou menor consenso e capacidade de aplicação; e a partir de tal contexto haverá uma preferência maior ou menor por determinados conteúdos em detrimento de outros. O sentido predominante, contudo, não será necessariamente o mais

sábio, mas sim aquele que for o vencedor das batalhas argumentativa e política que lhe são inerentes. (GABARDO, 2002, p. 37).

Ademais, ao contrário da maioria dos demais princípios, o princípio da eficiência administrativa foge da pura posituação jurídica por atender a preceitos econômicos, empresariais e dinâmicos, que geralmente estão mais presentes em outras áreas do conhecimento como administração, sociologia e economia (MORAES, 2006).

3.1 Digressão histórica

O princípio da eficiência administrativa implementou no Brasil um modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal¹⁶, ou seja, a partir disso, todos os atos da administração pública devem ser realizados com a maior qualidade, competência e eficácia possível, em prol da sociedade.

Ele foi incluído no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1998a), chamada de Reforma Administrativa, sendo o mais recente dos princípios constitucionais da Administração Pública brasileira.

Nesse compasso, Ferreira (2002, p. 106) já considerava realidade o princípio da eficiência em relação à administração pública, pois a Constituição Federal (BRASIL, 1988) já previa que os Poderes Constituídos manteriam de forma integrada um sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, conforme art. 74, II da CF (BRASIL, 1988):

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
[...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

No mesmo sentido, Silveria (2017, p. 65) afirma que:

Observa-se, inclusive que já existiam referências ao princípio na própria CF/88, como no art. 74, II, que prevê o sistema de controle interno em todos

¹⁶ “O modelo de administração que embasava, até então, a atuação governamental era o burocrático, que possui como princípios orientadores a profissionalização, ideia de carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo”. (SANTOS, 2003, p. 165).

os poderes, no art. 70, caput, e §7º, que prevê as atribuições do Tribunal de Contas e o art. 75, que dispõe sobre prestação de serviço público pelos concessionários e permissionárias.

A jurisprudência dos tribunais superiores, também antes da Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1998a), defendia a existência do princípio da eficiência administrativa como um dos princípios regentes da administração pública, e considerava a eficiência um dever do administrador.

RMS - ADMINISTRATIVO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SERVIDOR PÚBLICO - VENCIMENTOS - PROVENTOS - ACUMULAÇÃO - A Administração pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CF/88, art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público. Daí a proibição de acumulação de cargos. As exceções se justificam [...] A eficiência não se esgota no exercício da atividade funcional. Alcança arco mais amplo para compreender também a eficiência para a carreira. (STJ - 6ª T. - RMS nº 5.590/95-DF - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Diário da Justiça, Seção I, 10 jun. 1996, p. 20.395; STJ - 1ª T. - RMS nº 7.730/96-RS - Rel. Min. José Delgado, Diário da Justiça, Seção I, 27 out. 1997, p. 54.720; STJ - 1ª T. - RMS nº 628-0/RS - Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Diário da Justiça, Seção I, 18 out. 1993 - Ementário STJ, 8/13; STJ - 5ª T. - nº 1.912-3/MG - Rel. Min. Jesus Costa Lima, Diário da Justiça, Seção I, 14 nov. 1994 - Ementário STJ 11/43; STJ - 6ª T. - RMS nº 5.306-7/ES - Rel. Min. Vicente Leal, Diário da Justiça, Seção I, 4 nov. 1996 - Ementário STJ 17/51).

Para Moraes (2017, p. 259), o acréscimo do princípio da eficiência administrativa aos princípios constitucionais da administração pública findou com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre sua existência na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Enfim, o princípio da eficiência já era um princípio da administração pública, porém não expresso, tais quais, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no artigo 37, caput, da CF (BRASIL, 1988). Mello (1999, p. 75) não deixou de apontar em sua obra, na edição posterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1998a), a prescindibilidade e a irrelevância do recém incorporado princípio.

[...] quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tal difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. (MELLO, 1999, p. 75)¹⁷.

¹⁷ O Autor Celso Antônio Bandeira de Mello nas edições posteriores, do Curso de Direito Administrativo, excluiu a observação, como na 13ª edição de 2001.

Inclusive, alguns doutrinadores fizeram críticas ferrenhas à inclusão do princípio da eficiência administrativa aos princípios da administração pública. Nas palavras de Lopes (1998, p. 108), “ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido - salvo se deixou de ser em recente gestão política - finalidade”.

Nohara (2014, p. 84) destaca que a positivação do princípio da eficiência administrativa ocorreu, também, em razão da alteração das constituições alienígenas, seguindo os passos de algumas legislações estrangeiras, e não trouxe grandes novidades para o ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o tema, afirma ainda que,

O princípio da eficiência foi positivado no caput do art. 37 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que seguiu o passo das legislações estrangeiras. A menção à eficácia no Direito Administrativo não representou uma grande novidade na medida em que ela era estudada como dever específico nas atribuições do administrador. (NOHARA, 2014, p. 84).

A bem da verdade, a EC n. 19/98 (BRASIL, 1998a), não só o princípio da eficiência administrativa, acompanhou a tendência de outros Estados contemporâneos, no sentido de propor alterações formais nos princípios e normas que regulamentam a Administração Pública (BULOS, 1998, p. 71).

3.2 Razões da inserção na Constituição Federal

Como já visto, o princípio da eficiência administrativa foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19 (BRASIL, 1998a)¹⁸, publicada no Diário Oficial da União em 05 de junho de 1998, conhecida como Reforma Administrativa, na busca pela implantação da administração pública gerencial no Brasil.

Ela se iniciou com a apresentação ao Poder Legislativo, em 23 de agosto de 1995, com a Mensagem Presidencial nº 886/95 (BRASIL, 1995). Para Bulos (1998, p. 70), os motivos determinantes da reforma administrativa podem ser sentidos nos seguintes excertos:

1º) ‘A crise do Estado está na raiz do período de prolongada estagnação econômica que o Brasil experimentou nos últimos quinze anos. Nas suas múltiplas facetas, esta crise se manifestou como crise fiscal, crise do modo de intervenção do Estado na economia e crise do próprio aparelho estatal. No que

¹⁸ Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 - “Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências” (BRASIL, 1998a).

diz respeito a esta última dimensão, a capacidade de ação administrativa do Estado se deteriorou, enquanto prevalecia um enfoque equivocado que levou ao desmonte do aparelho estatal e ao desprestígio de sua burocracia' (Mensagem nº 886/95, p. 24);

2º) 'Para este Governo, a reforma administrativa é componente indissociável do conjunto de mudanças constitucionais que está propondo à sociedade. São mudanças que conduzirão à reestruturação do Estado e à redefinição do seu papel e da sua forma de atuação, para que se possa alcançar um equacionamento consistente e duradouro da crise' (Mensagem nº 886/95, p. 25);

3º) 'No difícil contexto do retorno à democracia, que em nosso país foi simultâneo à crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. Cumpre agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção à eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão' (Mensagem nº 886/95, p. 25);

4º) 'A revisão de dispositivos constitucionais e inúmeras outras mudanças na esfera jurídico-legal que a acompanharão, estão direcionadas para o delineamento de condições propícias à implantação de novos formatos organizacionais e institucionais, à revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados' (Mensagem nº 886/95, p. 25);

5º) 'Coerente com estes propósitos, Sr. Presidente, acreditamos que as emendas constitucionais ora apresentadas venham contribuir decisivamente para o revigoramento da administração pública, com impactos positivos sobre o conjunto da ação governamental e sobre a sociedade' (Mensagem nº 886/95, p. 25);

6º) 'A reforma constitucional permitirá a implantação de um novo desenho estrutural na Administração Pública brasileira que contemplará a diferenciação e a inovação no tratamento de estruturas, formas jurídicas e métodos de gestão e de controle, particularmente no que tange ao regime jurídico dos servidores, aos mecanismos de recrutamento de quadros e a política remuneratória' (Mensagem nº 886/95, p. 26);

7º) 'Em relação ao servidor público, não se intenciona penalizá-lo ou suprimir direitos, mas atualizar dispositivos legais, remover excessos e, sobretudo, propiciar condições à introdução de novas formas de gestão que valorizem a sua profissionalização. Nesse sentido, ressaltam-se os seguintes resultados esperados: recuperar o respeito e a imagem do servidor perante a sociedade; estimular o seu desenvolvimento profissional; melhorar as condições de trabalho' (Mensagem nº 886/95, p. 26).

Em suma, a proposição era para mudar o modelo estatal, passando de burocrático para o gerencial, a fim de superar o tradicional costume burocrático do Brasil e implantar um sistema gerencial para retirar todos os obstáculos ao crescimento do país. Para Moraes (2017, p. 259), a essência para inserção foi garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos.

Por sua vez, Santos (2003, p. 175) aponta as vantagens de romper com a rigidez e formalidade extremas do sistema burocrático, que realmente travavam a atuação do Estado e diminuam seu rendimento, e de obrigar a administração a ter um norte na sua atuação

(planejamento, estratégias, resultados eficientes, úteis e satisfatórios); bem como valorizar as pessoas ao invés dos cargos - o que justifica o investimento em pessoal e a profissionalização dos funcionários públicos. Por fim, incentiva maior participação dos agentes na condução das ações de governo e do cidadão no controle dos serviços públicos.

Com a positivação, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) passou a declarar de forma pública e solene que a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência.

Não há dúvida: a ideia inicial do Poder Constituinte reformador de 1998 ultrapassou o sentido inicial que era transformar o Estado em ente gerencial e atingiu toda a administração pública. O princípio da eficiência administrativa passou a ser aplicável para todo ato da administração pública sem se importar com a espécie do ato administrativo, isto é, ato normativo, ato ordinatório, ou ato negocial¹⁹.

Mendes e Branco (2018, p. 864) foi claro ao esclarecer que o constituinte reformador, ao inserir o princípio da eficiência administrativa no texto constitucional, visou ao atendimento da necessidade de controle dos processos pelos quais atua a Administração Pública e da elaboração de mecanismos de controle dos resultados obtidos.

A partir do exposto, pode-se concluir que o constituinte reformador, ao inserir o princípio da eficácia no texto constitucional, teve como grande preocupação o desempenho da Administração Pública. Por essa razão, sem descurar do interesse público, da atuação formal e legal do administrador, o constituinte derivado pretendeu enfatizar a busca pela obtenção de resultados melhores, visando ao atendimento não apenas da necessidade de controle dos processos pelos quais atua a Administração, mas também da elaboração de mecanismos de controle dos resultados obtidos. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 864).

Esclarece Di Pietro (2017, p. 175) que todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da administração e são tão abrangentes a ponto de abarcar todos os atos

¹⁹ Carvalho Filho (2017, p. 116): “Não obstante, cabe anotar que alguns estudiosos sugerem uma classificação dos atos administrativos considerando especificamente as suas espécies (ou modalidades), independentemente do aspecto material ou formal que os caracterize. É conhecida, por exemplo, a classificação apontada por Hely Lopes Meirelles, que prevê os seguintes agrupamentos de atos: (a) normativos (de comando geral e abstrato); (b) ordinatórios (ordenam o funcionamento da administração); (c) negociais (encerram uma declaração da Administração conjugada com a vontade do particular); (d) enunciativos (enunciam situação existente, sem manifestação material da Administração); (e) punitivos (contêm uma sanção aplicada a infratores de normas administrativas)”.

praticados no exercício da função administrativa²⁰. Desse modo, o emprego do princípio da eficiência administrativa tem sua aplicação não só na atividade interna ao respeitar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, como também em sua atividade externa²¹.

Por todo o exposto, o princípio da eficiência não é mero adorno agregado ao art. 37 da CF (BRASIL, 1988). Pelo contrário, trata-se de preceito que deve permear todas as decisões administrativas, principalmente quando a norma conferir ao gestor uma maior discricionariedade²² na sua atuação.

3.3 Conceito

Depois dessas considerações, é importantíssimo conceituar o princípio da eficiência administrativa, com a ressalva de se tratar de um conceito indeterminado e de múltiplos sentidos. Além disso, sem entender o seu conceito é impossível compreender sua aplicabilidade na LIA (BRASIL, 1992) e, conseqüentemente, responder se houve comutação com a LINDB (BRASIL, 2018a).

Meirelles (2018, p. 98) define esse princípio como sendo um dos deveres da administração pública, sendo aquele que exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, e continua afirmando que “é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não contenta em ser desempenhada apenas com

²⁰ “Assim, os atos da Administração são bem vastos e representam, por conseguinte, todos os atos praticados no exercício da função administrativa, e comumente exteriorizam-se através de: (a) Atos de direito privado, consubstanciados, na igualdade da relação jurídica entre Administração e quem com ela contrata, não havendo por sua vez, o uso da supremacia de poder público inerente à Administração, nivelando-a com quem negocia, como as observadas nas relações contratuais regidas pelo código civil ou comercial (locação, doação, compra e venda, entre outros); (b) Atos materiais (atos administrativos), não havendo qualquer manifestação de vontade. Limitados a atividades operacionais (construção de um muro, demolição de um prédio, apreensão de alimentos) não jurídicas, exercidas pela Administração; (c) Atos políticos, que são aqueles praticados no exercício de função política ou de governo. Aqui, há forte divergência doutrinária quanto ao enquadramento dos atos políticos, no rol dos atos da administração”. (DI PIETRO 2017, p. 175).

²¹ Atos internos da administração são os dirigidos para o seio da Administração, com repercussão em seus órgãos públicos e seus servidores públicos. Já atos externos são executados para fora da Administração, ou seja, administrados e contratados.

²² “A Lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 20).

legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros”.

Ao discorrer sobre o conceito de eficiência administrativa e suas acepções correlatas, Gabardo (2002, p. 27) suscita, quanto às concepções de racionalização, que se trata de um “processo de busca do modo ótimo (sentido idealístico) ou do melhor modo possível (sentido utilitarista) na realização do fim”.

Já nos ensinamentos de Di Pietro (2017, p. 74.), o princípio da eficiência determina ao agente público um modo de agir para alcançar os resultados mais favoráveis ao êxito dos fins do Estado.

[...] conhecido entre os italianos como ‘dever de boa administração’, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo o princípio da legalidade. Pela EC nº 19/98, que o acrescentou ao rol dos consignados no art. 37, esse princípio ganhou status constitucional.

[...] As atribuições devem ser executas com perfeição, valendo-se das regras técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Resultados positivos não significam lucros, embora, alguns casos possam existir. Deve-se com esse desempenho, rápido e perfeito, atingir um maior número de beneficiários. Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção de alçada da Administração Pública. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação, evitando-se as que não têm ou não atentam a este princípio. É, pois, a relação custo-benefício que deve presidir todas as ações públicas. (GASPARINI, 2012, p. 21).

Interessante é o entendimento de Moreira Neto (2000, p. 100), que assevera que o princípio se vincula ao dever de bem administrar e é voltado à eficiência da administração pública. O mesmo autor afirma,

[...] resultado de um aplicado trabalho de vanguarda da doutrina jurídica desenvolvida desde meados do século XX, ostentando nomes como Raffaele Resta e Guido Falzonem no sentido de transcender o conceito de poder-dever de administrar, afirmando pela administração burocrática, empenhada em lograr apenas a eficácia jurídica, para estabelecer como um passo adiante, o dever de bem administrar, que é hoje respaldado pelos conceitos gerenciais, voltado à eficiência da ação administrativa pública. (MOREIRA NETO, 2000, p. 100).

O Tribunal de Contas da União (TCU) trabalha o conceito de eficiência vinculado ao de economicidade, no sentido de racionalidade da seleção e alocação de recursos econômicos aos processos de produção. Além disso, vincula o conceito ao da eficácia dos resultados, isto é, relacionado à capacidade da organização.

[...] conceito de gestão pública compreende o alcance dos objetivos previamente definidos pela administração por meio da execução de atividades visando à eficiência, ou seja, fazer o que precisa ser feito com o máximo de qualidade ao menor custo possível. O conceito de eficiência está diretamente relacionado ao de economicidade, que expressa a racionalidade da seleção e alocação de recursos econômicos aos processos de produção. Também se refere à eficácia dos resultados, relacionada à capacidade da organização de conseguir atingir os objetivos prometidos. A novidade, portanto, é o foco nas necessidades dos cidadãos, que são os reais beneficiários e usuários dos serviços prestados, ensejando a busca de processos de trabalhos cada vez melhores (eficiência) e que resolvam os problemas e necessidades dos cidadãos (eficácia). (Acórdão nº 5521/2016. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 23/08/2016)²³.

A jurisprudência do TCU é repleta de decisões com parâmetros no princípio da eficiência administrativa (Acórdão nº 2211/2016. Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Sessão de 24/08/2016)²⁴. “Essa avaliação deve ter sempre em vista o interesse público e observar os princípios da economicidade e eficiência (especialmente em vista dos riscos de prejuízos com a interrupção da obra, custos de desmobilização e de indenizações, etc.)” (Acórdão nº 1560/2009. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 15/07/2009)²⁵.

Segundo Moraes (2017, p. 317), as características do princípio da eficiência estão vinculadas à prestação de serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. Ainda sobre o assunto, o autor aponta os atributos do princípio da eficiência, os quais, resumidamente, passamos a descrever.

O primeiro atributo é o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, tendo em vista que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

²³ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%2522conceito%2520de%2520efici%25C3%25Ancia%2522/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/sinonimos%3Dfalse>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²⁴ Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%2522conceito%2520de%2520efici%25C3%25Ancia%2522/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²⁵ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/449520039.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/sinonimos%3Dfalse>. Acesso em: 11 jul. 2018.

idade e quaisquer outras formas de discriminação, e deve servir como vetor de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, ou ainda em suas aplicações (MORAES, 2017, p. 317).

- *direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum*: a Constituição Federal prevê no inciso IV do art. 3º que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ressalte-se que ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e da Instituição do Ministério Público, esse objetivo fundamental deverá servir como vetor de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações. (MORAES, 2017, p. 317).

O próximo atributo, segundo Moraes (2017, p. 317), é a imparcialidade configurada em um agir imparcial e independente perante os interesses do setor privado, individual ou coletivo, ou perante os interesses dos políticos do Governo.

- *imparcialidade*: como ressalta Maria Teresa de Melo Ribeiro, ‘a afirmação do princípio da imparcialidade na Administração Pública surgiu, historicamente, da necessidade de, por um lado, salvaguardar o exercício da função administrativa e, conseqüentemente, a prossecução do interesse público da influência de interesses alheios ao interesse público em concreto prosseguido, qualquer que fosse a sua natureza, e, por outro, da interferência indevida, no procedimento administrativo, em especial, na fase decisória, de outros sujeitos ou entidades, exteriores à Administração Pública’, concluindo que a atuação eficiente da Administração Pública exige uma atuação imparcial e independente, e que imparcialidade ‘é independência: independência perante os interesses privados, individuais ou de grupo; independência perante os interesses partidários; independência, por último, perante os concretos interesses políticos do Governo’. (MORAES, 2017, p. 317).

Interessante observar a diferenciação adotada pelo autor entre interesse público primário e interesse público secundário da Administração Pública, ao utilizar a expressão interesses dos políticos do Governo²⁶.

Cita Moraes (2017, p. 317), como terceira característica, a neutralidade da Justiça na solução de todas as contendas. O Estado deve assumir uma posição valorativa simultânea e de

²⁶ “Os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as atividades-meio da Administração, que existem para fortalecê-la como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários” (ALEXANDRINO, 2010, p. 187).

igual de todos. Ressalva, o autor, que a neutralidade não impõe ao Estado atitudes de abstenção, e sim de atitudes de isenção na valoração de interesses em conflito.

- *neutralidade*: a ideia de eficiência está ligada à neutralidade, no sentido empregado por João Baptista Machado de que ‘há um outro plano de sentido em que se fala de neutralidade do Estado: o de Justiça [...]. Nesse sentido o Estado é neutro se, na resolução de qualquer conflito de interesse, assume uma posição valorativa de simultânea e igual consideração de todos os interesses em presença. A neutralidade não impõe aqui ao Estado atitudes de abstenção, mas mais propriamente atitudes de isenção na valoração de interesses em conflito. O Estado é neutro quando faz vingar a Justiça e estabelece regras do jogo justas’. (MORAES, 2017, p. 317).

Segue Moraes (2017, p. 317) citando a característica da transparência²⁷, que está inserida no próprio conceito de eficiência formal da administração pública, em outras palavras, é a obrigatoriedade de transparência das atividades dos órgãos e agentes públicos, inclusive com condutas positivas, afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação.

- *transparência*: dentro da ideia de eficiência formal da administração pública encontra-se a necessidade de transparência das atividades dos órgãos e agentes públicos. O princípio da eficiência da administração pública pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção e tráfico de influência. Essa transparência, no intuito de garantir maior eficiência à administração pública, deve ser observada na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicas, exigindo-se, portanto, a observância tão somente de fatores objetivos como mérito funcional e competência, vislumbrando-se a eficiência da prestação de serviços, e, conseqüentemente, afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação. (MORAES, 2017, p. 317).

Moraes (2017, p. 317) inclui também como característica do princípio da eficiência a participação e aproximação dos serviços públicos da população. Isso no sentido de fiscalização e controle das políticas públicas não só pelos órgãos estatais, como Poder Judiciário, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, como também pela participação direta e democrática dos cidadãos de forma organizada, por meio de conselhos gestores de políticas públicas, audiências públicas e mecanismos de pressão.

- *participação e aproximação dos serviços públicos da população*: deverá existir participação e aproximação dos serviços públicos da população dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos, de acordo com o princípio da gestão participativa, como verdadeiro desmembramento do

²⁷ A Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011), assegura o direito fundamental de acesso à informação e efetivação da disseminação de informações públicas, uma vez que permite que qualquer cidadão possa exigir informações - sem necessidade de justificativa prévia - de governos municipais, estaduais e da União.

princípio da soberania popular e da democracia representativa, previstos no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, pois como salientam Canotilho e Moreira, esse requisito ‘assume aqui um claro e concreto valor jurídico-constitucional, que se traduz fundamentalmente no seguinte: intervenção nos órgãos de gestão dos serviços não apenas de profissionais burocratas, mas também de representantes das comunidades em que os serviços estão inseridos (cogestão de serviços administrativos). Não devemos nos esquecer, porém, da advertência de Paulo Otero, para quem ‘uma excessiva participação e aproximação dos serviços públicos da população colectiva dos cidadãos na Administração pode deslocar o poder de decisão para grupos de interesse fortes, com desvalorização prática dos grupos de fraco poder associativo e mesmo conduzir as formas não democráticas de comportamento. (MORAES, 2017, p. 317).

No mesmo sentido, Duarte (2013, p. 43) defende que a ausência desse controle social leva, frequentemente, a um quadro persistente de corrupção, ineficiência e o clientelismo²⁸.

Continuando sobre as características do princípio da eficiência, Moraes (2017, p. 317) adiciona a eficácia. Ele trabalha com a ideia de eficácia material e eficácia formal. Aquela é da forma da administração, ou seja, o adimplemento de suas competências, esta se verifica no curso de um procedimento administrativo, tendo em vista a obrigatoriedade de impulso oficial e o direito de uma resposta ao administrado.

- *eficácia*: a eficácia material da administração se traduz no adimplemento de suas competências ordinárias e na execução e cumprimento dos entes administrativos dos objetivos que lhes são próprios, enquanto a eficácia formal da administração é a que se verifica no curso de um procedimento administrativo, ante a obrigatoriedade do impulso ou resposta do ente administrativo a uma petição formulada por um dos administrados. Assim, deverá a lei, como nos ensina Tomás-Ramón Fernández, conceder à administração - nos limites casuisticamente permitidos pela Constituição - tanta liberdade quanto necessite para o eficaz cumprimento de suas complexas tarefas. (MORAES, 2017, p. 317).

Malgrado Moraes não trabalhar, nesse tópico, com a teoria dos poderes implícitos da Constituição, ela é plenamente aplicada, pois a CF (BRASIL, 1988), como norma fundamental,

²⁸ “Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares - frequentemente [norteadas] pela troca de favores - seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. É fácil perceber que corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais e, em particular, com prioridade, o mínimo existencial. Os recursos públicos são gastos, mas o status geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora - ou apenas melhoras transitórias - e, a fortiori, as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo não se renova: sem controle social, persistem a corrupção, a ineficiência e o clientelismo. Mais recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se produz em favor da promoção dos direitos fundamentais” (DUARTE, 2013, p. 16).

ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade²⁹.

A próxima característica, para Moraes (2017, p. 317), é a desburocratização³⁰ da administração pública.

• *desburocratização*: uma das características básicas do princípio da eficiência é evitar a burocratização da administração pública, no sentido apontado por Canotilho e Moreira, de ‘burocracia administrativa, considerada como entidade substancial, impessoal e hierarquizada, com interesses próprios, alheios à legitimação democrática, divorciados dos interesses da população, geradora dos vícios iminentes às estruturas burocráticas, como mentalidade de especialistas, rotina e demora na resolução dos assuntos dos cidadãos, compadrio na selecção de pessoal’.

Beltrão (1984, p. 23), autor do Programa Nacional de Desburocratização, já salientava alguns aspectos que seriam os grandes entraves para o desenvolvimento do Brasil e geradores de conflitos na relação entre Estado e sociedade. Entre tais fatores estariam o excesso de centralização de poder, o formalismo, a presunção de culpa, a morosidade do serviço público, entre outros.

Recentemente, foi publicada a Lei nº 13.726/18 (BRASIL, 2018b), que tem como objetivo racionalizar atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação, sem, contudo, enfrentar e alterar a estrutura burocrática há muito já instituída.

Por fim, a busca da qualidade é a última característica apontada por Moraes (2017, p. 317), citando a definição dada pela Secretaria Geral da Presidência, de que qualidade de serviço público é, antes de tudo, qualidade de um serviço, sem distinção se prestado por instituição de caráter público ou privado. Aproveita o autor para apontar que a Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1998a) determinou que o Congresso Nacional, dentro de 120 dias, promulgasse a lei de defesa do usuário de serviços públicos³¹.

• *busca da qualidade*: ressalte-se a definição dada pela Secretaria Geral da Presidência, de que ‘qualidade de serviço público é, antes de tudo, qualidade de um serviço, sem distinção se prestado por instituição de caráter público ou

²⁹ Sobre a teoria dos poderes implícitos da Constituição consulte: Trigueiro (1954).

³⁰ Interessante lembrarmos que o Brasil já possuiu o Ministério da Desburocratização entre 1979 e 1986 com o objetivo de diminuir o impacto da estrutura burocrática na economia e vida social brasileiras.

³¹ Somente em 2017 foi promulgada a Lei 13.460 (BRASIL, 2017) que instituiu o Código de Defesa do Usuário - CDU -, o qual estabelece as normas básicas para a proteção e a defesa dos direitos e deveres do usuário dos serviços públicos e para a participação dos cidadãos na administração pública direta e indireta, além de prever importantes instrumentos de controle social. Na prática, o CDU regulamentou o §3º do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que prevê qual lei disciplinaria as formas de participação do usuário na administração pública e a avaliação periódica da qualidade dos serviços públicos.

privado; busca-se a otimização dos resultados pela aplicação de certa quantidade de recursos e esforços, incluída, no resultado a ser otimizado, primordialmente, a satisfação proporcionada ao consumidor, cliente ou usuário. [...] Outra característica básica da qualidade total é a melhoria permanente, ou seja, no dia seguinte, a qualidade será ainda melhor. (MORAES, 2017, p. 317).

Cumpra observar que a eficiência no âmbito da Administração Pública, ao contrário do que ocorre na esfera privada, não pode ser realizada independentemente de qualquer aspecto. A eficiência administrativa pública, para ter abrigo na ordem jurídica, deve observar os demais princípios constitucionais, especialmente os próprios da Administração Pública.

Dessa forma, o ato eficiente deve também ser legal, impessoal, moral e público. Jamais se poderá justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

O administrador deve, então, atentar para o princípio geral da razoabilidade. Essa exigência de razoabilidade traduz-se, conforme Barroso (1998, p. 66), na “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”. Para Santos (2003, p. 209), “é da índole do regime democrático o atendimento ao princípio da legalidade. Sendo a lei norma geral, abstrata, impessoal e editada pelo poder competente, a eficiência somente pode ser cumprida em face da mesma. Fora da lei não existe administração eficiente”

Cabe ressaltar que o conceito de eficiência é relacionado aos conceitos de eficácia e efetividade sem se aglutinarem. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) reconhece a diferença entre eficiência e eficácia em seu art. 74, que trata de um sistema de controle interno integrado entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ao exigir a comprovação da legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
[...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado. (BRASIL, 1988).

Por uma questão didática é interessante, primeiro, entender que a efetividade, para a Administração Pública, é a avaliação dos resultados das políticas públicas³². Isto é, demonstrar

³² Ronald Myles Dworkin, filósofo do Direito norte-americano, talvez o principal idealizador de uma ideia científica sobre a expressão política pública, desenvolveu a ideia de diretrizes da Administração Pública como metas, objetivos sociais que exigem um programa de ação a ser desenvolvido e realizado pelo Estado providência, atrelado à ideia do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

se o escopo visado foi atingido. Torres (2004, p. 175) defende que a efetividade é dos três conceitos o mais complexo, com a indispensabilidade de averiguar a real necessidade e oportunidade da ação estatal.

A efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Refere-se à relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção. Trata-se de verificar a ocorrência de mudanças na população-alvo que se poderia razoavelmente atribuir às ações do programa avaliado. (COHEN; FRANCO, 1993, p. 16).

Já o conceito de eficácia é entendido como a capacidade de regular os bens ou serviços de acordo com o planejamento estatal, independentemente dos custos de implantação, ou seja, é o alcance das metas programáticas. A propósito, “a eficácia é definida como o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados” (COHEN; FRANCO, 1993, p. 16).

Corolário ao princípio da eficiência administrativa temos o princípio do dever jurídico de boa gestão administrativa. Este impõe à administração pública o dever de atuar por modo conveniente e dentro do razoável, a fim de atingir e zelar pelo interesse público, isto é, procedendo em conformidade com a melhor conclusão que julgar por ocasião do exercício de suas funções (MOREIRA NETO, 2000, p. 84).

Pazzaglini Filho (2018, p. 35), sobre o referido princípio:

É princípio constitucional amplo, que abrange e incorpora em seu bojo os princípios constitucionais consagrados no art. 37, caput, da Constituição da República, em especial o princípio da eficiência. Significa que o agente público, ao cuidar de um caso concreto de sua atribuição, tem o dever jurídico de empregar a medida jurídica (legal ética, impessoal e transparente) mais adequada, razoável e eficiente para obter o resultado de interesse público expresso ou implícito na lei a ele aplicável.

Pode-se dizer que princípio do dever jurídico de boa gestão administrativa é uma espécie do gênero princípio da eficiência, pois aquele faz parte do conceito do próprio princípio da eficiência. Canotilho (1993, p. 928) manifesta a existência do princípio da boa administração, na Carta Constitucional de seu país, como sendo a atuação tenente à eficiência e congruência.

Por fim, sobre a eficiência administrativa, o art. 37 da Constituição Federal é incontestável e inequívoco ao determinar a toda administração pública sua observância, no

sentido de integrar, em si, a ideia de resultado³³. Em outras palavras, a eficiência para a administração pública é a obrigação de otimizar a aplicação dos recursos públicos.

Nas palavras de Di Pietro (2017, p. 83) “é um princípio extremamente contemporâneo, posto que o administrado deve ter suas demandas atendidas com presteza e o serviço público tem de ser prestado como todo e qualquer serviço da atualidade e dar ao público o atendimento qualitativo e satisfatório”.

3.4 Considerações parciais

O princípio da eficiência administrativa, com sua inclusão no texto constitucional, estabeleceu para a administração pública um modelo de gestão de controle de resultados para todos os atos da administração pública, malgrado a doutrina e a jurisprudência já defenderem a sua existência como princípio implícito.

Lógico que, por si só, tornar este princípio expresso na CF (BRASIL, 1988) não garantiu a melhoria no serviço público, pois a reforma do Estado e o melhor funcionamento da Administração Pública precisam passar por profundas mudanças culturais, que visem efetivamente direcionar o serviço público para seu legítimo dono: o povo.

Por certo, o modelo adotado pelo Poder Constituinte Originário precisava ser revisto para uma Administração Pública mais eficiente, e a positivação do princípio seguiu a tendência de outros Estados contemporâneos que também foram obrigados a mudar para favorecer uma melhor gestão dos recursos públicos e o combate à corrupção.

Para responder se a aplicação da LIA (BRASIL, 1992) para atos que atentam contra o princípio da eficiência sofreu comutação com a reforma da LINDB (BRASIL, 2018a) foi imprescindível entender sua natureza jurídica e os seus mecanismos de controle, uma vez que se trata de preceito que deve permear todas as decisões administrativas, principalmente para atos administrativos discricionários.

³³ Hely Lopes Meirelles (2018, p. 86) coloca: “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

4 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, para entender a origem, a natureza jurídica e o conceito de improbidade administrativa é interessante entender sua definição. Pode-se dizer, grosso modo, que improbidade administrativa é um ato ilegal praticado no âmbito da Administração Pública, quando um agente público age de forma desonesta e desleal no cumprimento das suas funções públicas.

Para entender a real importância desse instituto jurídico é necessário realizar a decomposição léxica do termo improbidade administrativa. A respeito da palavra improbidade, Silva (1986, p. 454), em dicionário de vocabulário jurídico, explica que “probo e probidade advêm do latim *probus, probitas*: o que é reto, leal, justo, honesto e se refere também à maneira criteriosa de proceder”. O mesmo lexicógrafo (1986, p. 432) também concede a explicação de *improbitas*, que significa: “má qualidade, imoralidade, malícia, desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”.

Logo, probo é sinônimo de correto, brioso, consciencioso, decente, digno, direito, honesto, honrado, íntegro. Por sua vez, em sentido antagônico, ímprobo é quem não tem ou age sem honestidade, trapaceiro, vigarista, laborioso, entre tantos termos pejorativos.

Já o adjetivo administrativo está relacionado com as práticas da administração pública, de outro modo, que pertence à administração pública.

Assim, se houver essas práticas ímprobas, por qualquer agente público, servidor, ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional da República Federativa do Brasil³⁴, bem como entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido, ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, além daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, haverá improbidade administrativa.

Assim, a expressão improbidade administrativa é delineada como uma conduta inadequada, praticada por agentes públicos ou outros envolvidos, que causem danos à administração pública.

³⁴ “TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” (BRASIL, 1988).

4.1 Conceito

A Lei nº 8.429 de junho de 1992 (BRASIL, 1992), conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), define as ações de improbidade administrativa, sem, contudo, definir o conceito de improbidade administrativa, o que não facilita sua conceituação, visto não ser inusual a confusão ente ato de improbidade administrativa e ato ilegal, ou ato lesivo ao patrimônio público.

O conceito de improbidade administrativa é bem mais amplo que o mero ato ilegal e, também, muito controverso, uma vez que a CF (BRASIL, 1988) e nosso arcabouço jurídico, inclusive a LIA (BRASIL, 1992), não definem o conceito de improbidade administrativa. Assim, os doutrinadores, tanto os constitucionais como os administrativistas, e a jurisprudência, adotaram conceitos distintos. O ponto comum entre eles é a relação entre a moralidade e probidade.

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influência nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos. (PAZZAGLINI FILHO, 2018, p. 39).

Para alguns doutrinadores, a improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada por prejuízo ao erário com vantagem aos ímprobos. Sobre o tema, Mello (2015, p. 669) afirma que a probidade administrativa se apoia no dever de o agente público servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções sem aproveitar dos poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. [...] A improbidade é tratada ainda com mais rigor, porque entra no ordenamento constitucional

como causa de suspensão dos direitos políticos do improbo (art. 15, V, que já comentamos), conforme estatui o art.37,4º in verbis: ‘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. (MELLO 2015, p. 669).

Já Di Pietro (2017, p. 709) assevera que ambas, moralidade e probidade administrativa, trazem a ideia de honestidade, tendo em vista que ao exigir probidade ou moralidade administrativa, o que se exige é a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de condutas que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

O conceito de improbidade administrativa, tal como desenhado na Carta Magna, art. 37, § 4º, e disciplinado na Lei 8.429/92, resulta estruturado de forma analítica a partir do somatório das seguintes assertivas:

Categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos, nas flutuações pertinentes à proporcionalidade enquanto postulado normativo e exposta ao processo hermenêutico institucionalizado num marco de razoabilidade.

Espécie de má gestão pública, em que podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou ineficiência graves, passível de cometimento por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares.

Exige vulneração de regras legais e princípios (ou princípios e regras) constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes.

Perfectibiliza-se a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e complementam por outras normas, e não pela simples violação a princípios e muito menos pela direta incidência da Lei 8.429/92. (OSÓRIO, 2007, p. 89).

Com percepção diversa, outros autores defendem que probidade administrativa tem caráter semântico mais amplo que moralidade administrativa. Depois da análise linguística e semântica das expressões, concluem que aquela não está superposta a esta, tratando-se de conceito mais amplo que abarca não só componentes morais, mas também os demais princípios regentes da atividade estatal (GARCIA; ALVES, 2017, p. 184).

De acordo com a sistemática adotada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República e pela Lei nº 8.429/1992, é perfeitamente possível termos atos de improbidade que não sejam propriamente atos desonestos. Basta pensarmos na conduta de um agente público que, voluntariamente, descumpra os padrões normativos a que estão vinculados e realizem fins diversos daqueles amparados pela norma, terminando por causar intensos danos ao interesse público na vã ilusão de estarem gerando um benefício para a coletividade. Nesses casos, com a devida observância do critério de proporcionalidade, será possível configurar o ato de improbidade de um agente público honesto e que

apesar do dolo de sua conduta agiu de boa-fé. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 184).

Interessante notar que o CNJ disponibilizou em seu *site* (2015) um texto informativo do conceito de improbidade administrativa, com o título “Entenda os conceitos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e corrupção”, com a finalidade de esclarecer o conceito de improbidade administrativa.

Na expressão popular, corrupção é uma palavra utilizada para designar qualquer ato que traga prejuízos à Administração Pública. No entanto, os conceitos de corrupção, improbidade administrativa e crimes contra a administração pública são diferentes e, se mal empregados, podem levar a conclusões equivocadas. O principal motivo da confusão se dá porque um mesmo cidadão pode ser punido nos termos da lei penal, incidindo também sanções disciplinares e perante a justiça cível. Por exemplo, em uma condenação de um servidor público por fraude em licitação, ele provavelmente responderá administrativamente, em um processo interno do órgão a que pertence; na esfera criminal, por crime contra a administração pública; e também por improbidade administrativa, na esfera cível.

Os atos que importam em improbidade administrativa estão previstos na Lei nº 8.429/1992. Caracterizam-se por dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos. A Lei de Improbidade Administrativa define enriquecimento ilícito o ato de ‘auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas’. As ações de improbidade se referem, por exemplo, a um funcionário que recebeu dinheiro ou qualquer vantagem econômica para facilitar a aquisição, permuta ou locação de um bem móvel ou imóvel, a contratação de serviços pela administração pública, ou ainda a utilização de veículos da administração pública para uso particular. Outro tipo de enriquecimento ilícito seria receber dinheiro para tolerar a prática de jogos de azar, prostituição ou narcotráfico.

Entre os atos que causam prejuízo ao erário, enquadrados, portanto, na lei de improbidade administrativa, estão: permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado e ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento. Também está incluída no conceito de improbidade administrativa a violação de princípios da administração pública, condutas que violem o dever de honestidade, como, por exemplo, fraudar um concurso público, negar a publicidade de atos oficiais ou deixar de prestar contas quando se tem a obrigação de fazê-lo. (CNJ, 2015).

Como já dito, o próprio Poder Judiciário, por sua jurisprudência, possui conceitos distintos para improbidade administrativa. O STJ, ao tratar do tema improbidade administrativa da conduta direcionada contra particular, decidiu que não enseja o reconhecimento de ato de improbidade administrativa eventuais abusos perpetrados por agentes públicos durante abordagem policial, caso o ofendido pela conduta seja particular que não esteja no exercício de

função pública³⁵. Dessa forma, adotou um conceito restritivo de improbidade administrativa, e seguiu o posicionamento da inexistência de improbidade administrativa, mesmo se cometido por agente público no exercício de suas funções, desde que o ato não traga lesão aos cofres públicos.

Nas palavras do Min. Relator, “somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros, efeitos incorrentes neste caso” (STJ. 1ª Turma. REsp 1.558.038-PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/10/2015).

Não ensejam o reconhecimento de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) eventuais abusos perpetrados por agentes públicos durante abordagem policial, caso os ofendidos pela conduta sejam particulares que não estavam no exercício de função pública. O fato de a probidade ser atributo de toda atuação do agente público pode suscitar o equívoco interpretativo de que qualquer falta por ele praticada, por si só, representaria quebra desse atributo e, com isso, o sujeitaria às sanções da Lei 8.429/1992. Contudo, o conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do direito sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição. Dessa forma, considerando o inelástico conceito de improbidade, vê-se que o referencial da Lei 8.429/1992 é o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar. Logo, somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros, efeitos incorrentes na hipótese. Assim, sem pretender realizar um transversal enquadramento legal, mas apenas descortinar uma correta exegese, verifica-se que a previsão do art. 4º, ‘h’, da Lei 4.898/1965, segundo o qual constitui abuso de autoridade ‘o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal’, está muito mais próxima do caso - por regular o direito de representação do cidadão frente a autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos (art. 1º) -, de modo que não há falar-se em incidência da Lei de Improbidade Administrativa. (REsp 1.558.038-PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/10/2015, DJe 9/11/2015).

O julgado acima não adotou o conceito elástico de improbidade administrativa e exigiu como condição *sine qua non* lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, e desconsiderou a existência dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

O mesmo STJ, ao abordar se o ato de tortura configura ato de improbidade administrativa, decidiu de maneira diametralmente oposta e considerou que a tortura de preso

³⁵ Vide informativo de jurisprudência nº 573 - STJ.

custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa, pois atenta contra os princípios da administração pública³⁶. Em resumo: o STJ decidiu que a tortura praticada por policiais, além das repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, configura também ato de improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança simultaneamente interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CARACTERIZAÇÃO DE TORTURA COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. O legislador estabeleceu premissa que deve orientar o agente público em toda a sua atividade, a saber: ‘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’. Em reforço, o art. 11, I, da mesma lei, reitera que configura improbidade a violação a quaisquer princípios da administração, bem como a deslealdade às instituições, notadamente a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento. Tais disposições evidenciam que o legislador teve preocupação redobrada em estabelecer que a grave desobediência - por parte de agentes públicos - ao sistema normativo em vigor pode significar ato de improbidade.

[...] Ocorre que o ato que apenas atingir bem privado e individual jamais terá a qualificação de ímprobo, nos termos do ordenamento em vigor. O mesmo não ocorre, entretanto, com o ato que atingir bem/interesse privado e público ao mesmo tempo. Aqui, sim, haverá potencial ocorrência de ato de improbidade. Por isso, o primordial é verificar se, dentre todos os bens atingidos pela postura do agente, existe algum que seja vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública será vulnerada de forma concomitante. No caso em análise, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade praticada por policial, que, em tese, pode ter significado gravíssimo atentado contra direitos humanos. Com efeito, o respeito aos direitos fundamentais, para além de mera acepção individual, é fundamento da nossa República, conforme o art. 1º, III, da CF, e é objeto de preocupação permanente da Administração Pública, de maneira geral. De tão importante, a prevalência dos direitos humanos, na forma em que disposta no inciso II do art. 4º da CF, é vetor de regência da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais.

[...] Ademais, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração em si, a proteção da imagem e das atribuições dos entes/entidades públicas. Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade administrativa. Afora isso, a tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem outro reflexo jurídico imediato. Ao agir de tal forma, o agente público cria, de maneira praticamente automática, obrigação ao Estado, que é o dever de

³⁶ Vide informativo de jurisprudência nº 577 - STJ.

indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Na hipótese em análise, o ato ímprobo caracteriza-se quando se constata que a vítima foi torturada em instalação pública, ou melhor, em delegacia de polícia. Por fim, violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto é assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322 do CP, que integra o Capítulo I ('Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública'), que por sua vez está inserido no Título XI ('Dos Crimes contra a Administração Pública'), e também nos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade. Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados - incluindo tortura, prisão ilegal e 'justiciamento' -, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. (REsp 1.081.743-MG, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015. REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015, DJe 17/2/2016. 1ª Seção).

Nessa decisão acima, o STJ adotou um conceito mais elástico, mais amplo de improbidade administrativa, mais próximo do texto literal da LIA (BRASIL, 1992), principalmente de seu art. 11, nas hipóteses dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Na mesma acepção, o STJ, por sua Segunda Turma, decidiu: "A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida" (REsp 1.297.021-PR, DJe 20/11/2013).

4.2 Natureza jurídica

A doutrina tradicional, principalmente anterior a nossa atual CF (BRASIL, 1988), cita três tipos de responsabilidades: civil, penal e administrativa, com predominância da independência de instâncias. Já a doutrina ulterior à CF (BRASIL, 1988), posição geralmente adotada pelos representantes do Ministério Público, sustentam a autonomia da improbidade, ou seja, um quarto tipo de responsabilidade³⁷.

Para Dias (1960, p. 18), o ilícito civil representa violações a interesses particulares, tanto individual como estatal. O ilícito administrativo, por sua vez, viola regras de direito administrativo (geralmente um estatuto), de modo a legitimar o Estado a firmar sanções administrativas pelo poder de polícia ou pelo poder disciplinar, independentemente da atuação

³⁷ Nesse sentido, veja Osório (2007, p. 102).

do Poder Judiciário (autoexecutoriedade). Por fim, o ilícito penal viola regras de comportamento de transcendência social e até política, sendo a última *ratio*.

A responsabilidade civil possui natureza patrimonial e em decorrência de sua origem³⁸ é o fundamento para a teoria geral da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é de ordem patrimonial e decorre do artigo 186 do Código Civil, que consagra a regra, aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Analisando-se aquele dispositivo, verifica-se que, para configurar-se o ilícito civil, exigem-se:

1. ação ou omissão antijurídica;
2. culpa ou dolo; com relação a este elemento, às vezes de difícil comprovação, a lei admite alguns casos de responsabilidade objetiva (sem culpa) e também de culpa presumida; uma e outra constituem exceções à regra geral de responsabilidade subjetiva, somente sendo cabíveis diante de norma legal expressa;
3. relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado;
4. ocorrência de um dano material ou moral. (DI PIETRO, 2017, p. 837).

Já a responsabilidade penal, para Fragoso (2004, p. 242), “é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável”. A responsabilidade criminal, como também é conhecida, possui uma estrutura própria e é a única que pode privar o ser humano da liberdade, salvo se devedor de pensão alimentícia.

O servidor responde penalmente quando pratica crime ou contravenção. Existem, no ilícito penal, os mesmos elementos caracterizadores dos demais tipos de atos ilícitos, porém com algumas peculiaridades:

1. a ação ou omissão deve ser antijurídica e típica, ou seja, corresponder ao tipo, ao modelo de conduta definido na lei penal com o crime ou contravenção;
2. dolo ou culpa, sem possibilidade de haver hipóteses de responsabilidade objetiva;
3. relação de causalidade;
4. dano ou perigo de dano: nem sempre é necessário que o dano se concretize; basta haver o risco de dano, como ocorre na tentativa e em determinados tipos de crime que põem em risco a incolumidade pública. (DI PIETRO, 2017, p. 83).

A responsabilidade administrativa, por sua vez, tem relação com as situações jurídico-administrativas, quer dizer, vínculos entre o indivíduo e o Estado. Esses vínculos podem ser de duas ordens. A primeira decorre de uma relação de sujeição geral, tais como: sujeições às regras administrativas para concessão do passaporte. A segunda decorre de uma relação de sujeição

³⁸ “Responsabilidade que tem origem no verbo do Latim ‘*Respondere*’, significando então que quando alguém diante uma ação ou omissão causa um dano tem a obrigação de responder, assumindo as consequências que este dano tenha causado. Trazendo assim uma ordem jurídica na sociedade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 43).

especial, tais como: servidores públicos que mantêm vínculo estatutário ou pacientes internados em nosocômios públicos. De acordo com Di Pietro (2017, p. 837), “o servidor responde administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária e que apresentam os mesmos elementos básicos do ilícito civil: ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano”

Nesse ponto, faz-se importante esclarecer que o processo administrativo disciplinar - PAD - e a ação de improbidade administrativa, mesmo possuindo a mesma pena, qual seja a perda do cargo público são independentes. É exemplar o decidido pelo STJ, no MS 7.834/DF, no longínquo 2002, quando ainda havia algum questionamento acerca da pretensão de que o PAD deveria ser arquivado, diante do ajuizamento de ACP por improbidade administrativa.

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO EM 1º GRAU. PRETENSÃO DE QUE O PROCESSO ADMINISTRATIVO SEJA EXCLUÍDO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, ENVOLVENDO OS MESMOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO. SENTENÇA CORRETA. MANUTENÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. ‘A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil por improbidade, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Precedentes do STJ e do STF. [...]’. (STJ, MS 7.834/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, J. 13.03.2002, DJ 08.04.2002, p. 127).

Como já dito, parte da doutrina e da jurisprudência, a partir da promulgação da atual Constituição Federal (BRASIL, 1988), principalmente com o início da vigência da LIA (BRASIL, 1992), defendem que a improbidade administrativa possui uma natureza jurídica própria com autonomia formal no tratamento jurídico.

A improbidade administrativa ganha sua autonomia formal no tratamento jurídico singular dispensado pela Constituição, à luz do valor constitucional eleito, aos componentes do sistema punitivo previsto no artigo 37, §4º, que autoriza nele encontrar vínculo inquebrantável entre bem jurídico tutelado, ilícito reprimido, sanções cominadas e instrumental processual necessário à sua efetivação, inassimilável a quaisquer outros. (OLIVEIRA, 2009, p. 416).

O STJ, no mesmo sentido dessa doutrina, ao abordar o Direito Sancionador Administrativo, entendeu pela autonomia da improbidade administrativa³⁹. O principal

³⁹ REsp: 1293624 DF 2011/0273522-2, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data De Julgamento: 05/12/2013, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 19/12/2013.

fundamento para essa corrente é o enquadramento da improbidade administrativa no campo do direito sancionador, que não se confunde com Direito Penal. “O relacionamento correto é de gênero e espécie, sendo o Direito Sancionador gênero, com várias espécies e subespécies. Assim, ele tem natureza sistêmica, para todo o gênero punitivo, sendo o único e unitário poder punitivo do Estado” (OSÓRIO, 2007, p. 102).

Pedagogicamente, o Direito Sancionador pode ser classificado como gênero com as seguintes espécies: Direito Sancionador Penal e Direito Sancionador Cível. Este último, por sua vez, é dividido nas subespécies Direito Administrativo Sancionador, Direito Sancionador Cível *stricto sensu* e Direito Sancionador Político-Administrativo (SANTOS, 2007, p. 2).

A própria CF (BRASIL, 1988) ao determinar ao Poder Constituído a punição por ato ímprobo, na forma e gradação previstas em lei, além de sanções totalmente diversas dos demais tipos de responsabilidade, quis diferenciar a responsabilidade por ato ímprobo dos demais tipos de responsabilidade, além da improbidade administrativa ser duramente combatida (art. 15, V, e art. 37, § 4º).

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...] V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

4.3 Elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa

A configuração do ato de improbidade administrativa, nos termos da LIA (BRASIL, 1992), impõe certos elementos constitutivos, quais sejam: sujeito passivo e ativo, ocorrência do ato danoso descrito na lei, ato causador de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, atentado contra os princípios da administração pública e, recentemente, a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

O ato de improbidade administrativa, para acarretar a aplicação das medidas Sancionatórias previstas no artigo 37, §4º, da Constituição, exige a presença de determinados elementos os:

a) sujeito passivo: uma das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei nº 8.429;

- b) sujeito ativo: o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (arts. 1º e 3º);
- c) ocorrência do ato danoso descrito na lei, causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo, prejuízo para o erário, atentado contra os princípios da Administração Pública ou concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; o enquadramento do ato pode dar-se isoladamente, em uma das quatro hipóteses, ou, cumulativamente, em duas, três ou quatro;
- d) elemento subjetivo: dolo ou culpa. (DI PIETRO, 2017, p. 859).

Com referência aos sujeitos passivos e ativos, aqueles são a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de por cento do patrimônio ou da receita anual, ou, dito de outro modo, são as entidades mencionadas no artigo 1º da LIA (BRASIL, 1992), estes são os agentes públicos, servidor ou não, terceiros que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta, nos termos dos artigos 1º e 3º da LIA.

Já o elemento constitutivo do ato danoso está exposto na lei, isto é, o que importa enriquecimento ilícito ou causa prejuízo ao erário, ou, ainda, que decorra da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, por fim, o que atenta contra os princípios da administração pública, tudo nos termos dos artigos 9º, 10, 10-A, e 11 da LIA (BRASIL, 1992). Finalmente, o último elemento é o subjetivo: dolo e culpa.

4.3.1 Sujeitos

Inicialmente, precisamos identificar o sujeito ativo eleito pela LIA (BRASIL, 1992). O seu protagonista, sem dúvida, é o agente público, que foi conceituado no art. 2º da LIA como todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades elencadas no art. 1º da LIA.

A expressão agentes públicos tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. O que é certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público. Como se sabe, o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado. São

todas essas pessoas físicas que constituem os agentes públicos. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 190).

O termo agente público foi escolhido por ser a expressão mais ampla e abrangente, além de ser o gênero de quem exerce função pública⁴⁰. O conceito de agente público engloba, independentemente da função ser definitiva ou transitória, política ou jurídica, remunerada ou voluntária, as pessoas físicas que desempenham uma função pública vinculada à Administração Pública.

Num conceito clássico, Meirelles (2018, p. 98) define agentes públicos como “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”. Já Di Pietro (2017, p. 477) trabalha o conceito de agente público como “toda pessoa física que presta serviço ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

Dos conceitos acima, o importante para qualificação de agente público é estar vinculado à Administração Direta ou Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios públicos), ou mesmo ser particular em colaboração com o Estado, desde que haja um vínculo específico (como acontece com os concessionários e os permissionários de serviço público).

Agente público é gênero e subdivide-se em várias espécies, sendo para efeito pedagógico utilizado o entendimento de Mello (2015, p. 192), que o divide nas seguintes espécies: agentes políticos, servidores estatais, abrangendo os servidores públicos e os servidores governamentais de direito privado e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Os agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais do poder central, ou seja, o vínculo que mantêm com o Estado é de natureza política e os ocupantes dos cargos compõem o arcabouço constitucional do Estado. Mukai (1999, p. 152) acrescenta os magistrados, os membros do ministério público e dos tribunais de contas.

[...] agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais (MEIRELLES, 2018, p. 98).

⁴⁰ Para maiores informações consultar a página “Agentes Públicos e Agentes Políticos” do *website* da Controladoria-Geral da União. Disponível em: www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/agentes-publicos-e-agentes-politicos Acesso em: 04 set. 2018.

Os servidores estatais são aqueles que possuem vínculo estatal de natureza profissional e permanente com as pessoas jurídicas de direito público. A espécie “servidor estatal” subdivide-se em duas subespécies: “servidor titular de cargo público” e o “empregado público”. Mello (2015, p. 230) esclarece que os “servidores estatais” são os servidores titulares de cargos públicos (vínculo estatutário ou institucional⁴¹) e os “empregados públicos” são ocupantes de empregos (vínculo celetista ou trabalhista) de natureza contratual e regidos pela CLT.

Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico dos seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual. (MELLO, 2015, p. 230).

A última espécie, particulares em colaboração com o Poder Público, são todas as pessoas físicas que exerçam de algum modo função pública com legitimidade ou representação de modo breve ou em situação de estabilidade, tais como: mesários e os convocados ao serviço militar, além de notários, tabeliães e registradores, e ainda as pessoas jurídicas de direito privado que realizam o serviço público por delegação (concessionários e permissionários de serviços públicos, ou parceria público-privada).

Em suma, são aqueles que exercem eventualmente funções públicas sem estarem, política ou profissionalmente, vinculados ao Estado, e podem ser classificados em agentes honoríficos, agentes delegados, agentes credenciados e gestores de negócios⁴².

⁴¹ “[...] Regime estatutário é o conjunto de regras que regulam a relação funcional entre o servidor estatutário e o Estado. Esse conjunto normativo [...] se encontra no estatuto funcional da pessoa federativa’, sendo que as regras estatutárias básicas devem estar contidas em lei” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 436).

⁴² “**Agentes honoríficos:** são aqueles requisitados para a prestação de atividade pública e que são convocados, designados ou nomeados transitoriamente em função da sua honorabilidade ou capacidade técnica notória. Exercem função pública momentânea e, por isso, não estão sujeitos às regras constitucionais referentes à proibição de acumulação de cargos, empregos e funções públicas. Por exemplo: os jurados e os mesários; **Agentes delegados:** São particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante; **Agentes credenciados (contratados por locação civil de serviços):** aqueles que recebem a incumbência de representar a Administração Pública em determinado evento ou na prática de determinada atividade, mediante remuneração. Por exemplo: advogado estrangeiro que representa a União em um processo na corte de Londres; **Gestores de negócios públicos (agentes de fato necessário):** exercem funções públicas em situações emergenciais, sem autorização da Administração Pública.

Por fim, o art. 3º da LIA (BRASIL, 1992) amplia a responsabilidade para qualquer sujeito que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Em outras palavras, inclui além do cooptado de um agente público a pessoa que se valha de recursos públicos (capital, bens, cessão de servidores públicos, etc.), tal qual acontece com as entidades do denominado terceiro setor, dos sindicatos, dos partidos políticos, dos serviços sociais autônomos, ou parcerias público-privadas.

[...] É certo que os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei 8.429/1992, consoante seu art. 3º, porém inexistente imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário. [...] não há falar em relação jurídica unitária, tendo em vista que a conduta dos agentes públicos pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização dos particulares que participaram da probidade ou dela se beneficiaram. Na hipótese, o Juízo de 1º grau condenou os agentes públicos responsáveis pelas irregularidades e também o particular que representava as empresas beneficiadas com pagamentos indevidos, inexistindo nulidade pela ausência de inclusão, no pólo passivo, das pessoas jurídicas privadas [...]. (RESP 896044 PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2010 DJe 19/04/2011).

Até as pessoas jurídicas podem cometer atos ímprobos, ainda que desacompanhada de seus sócios, uma vez que não existe óbice para admitir a pessoa jurídica como sujeito ativo de improbidade administrativa, o que também lhe garante legitimidade passiva *ad causam*.

[...] A lei de improbidade administrativa aplica-se ao beneficiário direto do ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário público. Inteligência do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa. No caso, também está claro que a pessoa jurídica foi beneficiada com a prática infrativa, na medida em que se locupletou de verba pública sem a devida contraprestação contratual. Por outro lado, em relação ao seu responsável legal, os elementos coligidos na origem não lhe apontaram a percepção de benefícios que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária, nem individualizaram sua conduta no fato imputável, razão pela qual não deve ser condenado pelo ato de improbidade [...]. (STJ; Processo: RESP 1127143/RS; Relator: Min. Castro Meira; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento: 22/06/2010; Publicação: DJe, 03/08/2010).

Por exemplo: qualquer pessoa do povo que realize uma prisão em flagrante (Código de Processo Penal, art. 320). Em vista da excepcionalidade da situação, sua atuação é considerada lícita” (MEIRELLES, 2018, p. 98, grifo nosso).

No mesmo contexto, nada impede a desconsideração da personalidade jurídica⁴³, que é legítima ao permitir o levantamento do véu da personalidade jurídica da sociedade empresária para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios.

Naturalmente, aplica-se a regra geral do art. 50 do Código Civil (BRASIL, 2002)⁴⁴, que consagra a teoria maior da desconsideração, e aponta a possibilidade de desconsideração quando verificado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial, demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios⁴⁵.

Com referência à definição do sujeito passivo, isto é, a vítima direta dos atos de improbidade, o art. 1º da LIA (BRASIL, 1992) o define:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem

⁴³ “O que se pretende com a doutrina do *disregard* não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar terceiros ou violar a lei (fraude). Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos” (RUBENS REQUIÃO, 1977, p. 17).

⁴⁴ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. (BRASIL, 2002).

⁴⁵ “Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. - A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica. - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. - Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente”. (STJ; Processo: REsp 970.635/SP; Relator: Min. Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Julgamento: 10/11/2009; Publicação: DJe, 01/12/2009).

como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL, 1992).

Desse modo, os atos praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Sujeito passivo é a pessoa jurídica que a lei indica como vítima do ato de improbidade administrativa. Apesar do adjetivo 'administrativa', nem sempre o sujeito passivo se qualifica como pessoa eminentemente administrativa. A lei, portanto, ampliou a noção, em ordem a alcançar também algumas entidades que, sem integrarem a Administração, guardam algum tipo de conexão com ela. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 499).

No mesmo sentido, estão sujeitos às penalidades da LIA (BRASIL, 1992) os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Pela norma do parágrafo único, são ainda incluídas outras entidades que não compõem a Administração Pública, direta ou indireta, nem podem ser enquadradas como entidades públicas de qualquer natureza. São entidades privadas em relação às quais o Estado exerce a função de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para a criação ou custeio. Podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo dos serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e outras semelhantes), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos. Nesse caso, o dispositivo é claro ao limitar a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. O que ultrapassar o montante da contribuição dos cofres públicos, a entidade terá que pleitear por outra via que não a ação de que trata a lei de improbidade administrativa (DI PIETRO, 2017, p. 890).

Assim, os sujeitos passivos são os entes da administração pública direta: união, estados, municípios e distrito federal, e da administração pública indireta: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e entidades paraestatais, ou ainda que simplesmente recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como

daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 10 DA LEI 8.429/92. ALEGAÇÃO DO PARQUET ESTADUAL DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA, POR NÃO HAVER JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TRIBUNAL A JUSTIFICAR O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RELATOR. PREVISÃO DE DECISUM SINGULAR NO CPC E NO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE SUPERIOR. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. ALEGAÇÃO DO PARQUET PARANAENSE DE QUE A DECISÃO AGRAVADA OFENDE A SÚMULA 7/STJ, POR PROMOVER REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA EM SEDE ESPECIAL. PORÉM, A REVALORAÇÃO DA PROVA OU DE DADOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO DECISÓRIO RECORRIDO NÃO IMPLICA O VEDADO REEXAME DO MATERIAL DE CONHECIMENTO NA SEARA ESPECIAL. PRECEDENTE: RESP. 878.334/DF, REL. MIN. FELIX FISCHER, DJ 26.2.2007. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. TERMOS DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP PARA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS EM AÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA ENSEJADORA DE ATO ÍMPROBO. AGRAVOS REGIMENTAIS DO MPF E DO MP/PR DESPROVIDOS.

[...] 6. Efetivamente, não se mostrou vedado ao administrador público municipal firmar convênios com OSCIP na área de saúde pública, pelos seguintes motivos: (a) a própria Constituição Federal afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, o que significa um claro nihil obstat ao ingresso de entidades do Terceiro Setor no âmbito das ações em saúde pública como área-fim; (b) partiu-se da premissa de que o Estado não é capaz de cumprir sua missão constitucional e precisa convocar os cidadãos ao auxílio na prestação dos serviços sociais; (c) a utilização das formas jurídicas de participação de Organizações Sociais, surgidas em cenário nacional na década de 1990, poderia ser vista como o modelo ideal de colaboração do particular com o Estado, numa perspectiva moderna de eficiência dos serviços públicos; e (d) é admissível a compreensão do Prefeito segundo a qual, para a execução dos programas federais, haveria a necessidade de contratação de agentes específicos e possivelmente temporários, sobretudo considerando a especificidade do profissional em Saúde da Família. (STJ; Processo: AgRg no AREsp 567.988/PR; Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho; Órgão Julgador: Primeira Turma; Julgamento: 05/05/2016; Publicação: DJe, 13/05/2016).

A composição do preceito normativo do art. 1º da LIA (BRASIL, 1992) não está em consonância com o disposto na Lei de Ação Popular - LAP (BRASIL, 1965) - e na própria Constituição Federal (BRASIL, 1988), pois a expressão “empresas sob controle direto ou indireto do poder público” se encaixa no conceito de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Ademais, se contribuiu com mais de 50% para a formação de seu patrimônio,

está sob controle estatal, ainda que não se enquadre como sociedade de economia mista ou empresa pública.

4.3.2 Ato danoso

A LIA (BRASIL, 1992) normatiza três classes de atos de improbidade administrativa, quais sejam, os atos que importam em enriquecimento ilícito; os que causam lesão ao erário; os que atentam contra os princípios da administração pública e os que concedem, aplicam ou mantêm benefício financeiro ou tributário contra disposição legal, artigos 9º, 10, 10-A e 11.

Pazzaglini Filho (2018, p. 104) é um dos defensores de que as cabeças dos artigos 9º, 10 e 11 descrevem condutas genéricas e que os incisos descrevem as condutas específicas em caráter exemplificativo das condutas descritas nos atos de improbidade. Assim, o legislador utilizou de duas técnicas legislativas.

A primeira é a ampla utilização de conceitos jurídicos indeterminados na cabeça dos artigos de modo que em cada artigo há um tipo aberto, malgrado usar essa técnica também em alguns incisos. Isso permite a subsunção do fato aos conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que é impossível ao regramento jurídico abordar todos os fatos da atuação humana. Permite-se, desse modo, a possibilidade de enquadramento do ato ao caso concreto. Basta uma simples leitura do caput dos artigos para identificarmos a técnica legislativa:

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

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

Art. 11º 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 [...]. (BRASIL, 1992).

A segunda técnica legislativa usa de tipos fechados e precisos nos incisos, apesar de no caput do art. 10-A também as utilizar, e não ter incisos. A título de exemplos podemos utilizar os primeiros incisos de cada um dos artigos.

Art. 9º. [...] 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. [...]

Art. 10. [...] 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. [...]

Art. 11. [...] I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência [...]. (BRASIL, 1992).

Não há dúvida que os incisos possuem natureza exemplificativa, principalmente por usarem no final a expressão “notadamente” que consta na cabeça dos artigos 9º, 10 e 11 (BRASIL, 1992). Sem esquecer, a descrição específica, por si só, já autoriza o enquadramento do ato como ímprobo, uma vez que não precisa da subsunção da descrição do caput. Há uma autonomia funcional entre a descrição dos atos contidas no caput e a dos incisos que atuam de forma sincronizada e subsidiária entre eles.

Com entendimento contrário, existem defensores da necessidade da intermediação legislativa em todos os artigos da LIA (BRASIL, 1992), pois são normas em branco⁴⁶ com complementação nas legislações de cada setor, tanto para normas jurídicas como para certos atos administrativos.

Claro que nem todos os tipos são normas em branco e dependem de integração de outras normas, tendo em vista que os tipos apresentam a descrição da conduta de modo preciso para a configuração da improbidade administrativa.

4.3.3 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

A expressão central do art. 9º da LIA (BRASIL, 1992), que trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, é o enriquecimento ilícito, ou seja, há necessidade de auferir benefício próprio. O mero enriquecimento ilícito, sem ocorrência de dano ao erário⁴⁷, já é suficiente para caracterização do ato de improbidade, coerentemente há incisos com tipos que causam dano ao erário⁴⁸ sem ser requisito para sua configuração.

⁴⁶ “É um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa da complementação de outras normas. A doutrina distingue as normas penais em branco em sentido lato e em sentido estrito. As normas penais em branco em sentido lato são aquelas cujo complemento é originário da mesma fonte formal da norma incriminadora. Nesse caso, a fonte encarregada de elaborar o complemento é a mesma fonte da norma penal em branco, há, portanto, uma homogeneidade de fontes legislativas. As normas penais em branco em sentido estrito, por sua vez, são aquelas cuja complementação é originária de outra instância legislativa, diversa da norma a ser complementada, e aqui há heterogeneidade de fontes, ante a diversidade de origem legislativa” (BITENCOURT, 2012, p. 17).

⁴⁷ Art. 9º, caput, I, V, VII, VIII, IX e X.

⁴⁸ Art. 9º II, III, IV, VI, XI e XII.

Como já dito acima, a cabeça do art. 9º utiliza de conceitos jurídicos indeterminados para englobar todas as condutas que causem enriquecimento ilícito ou qualquer tipo de vantagem patrimonial, em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade.

No mesmo sentido, os incisos descrevem tipos fechados e mais precisos, para que não exista dúvida acerca do ato de improbidade, que podem ser resumidos da seguinte forma: recebimento de vantagem econômica indevida⁴⁹; utilização particular de bem público e a incorporação deles ao patrimônio privado⁵⁰; ostentação de patrimônio particular desproporcional à renda do agente público ou patrimônio⁵¹; atuação em conflito de interesses públicos e privados por prestar consultoria ou assessoramento à pessoa física ou jurídica com interesses nas atividades públicas exercidas pelo agente⁵².

Cumprе salientar que apenas os incisos I e VII abarcam a vantagem indevida ou aquisição de patrimônio para outrem. Os demais incisos prescrevem o enriquecimento ilícito do próprio agente público. Observa-se que certas condutas descritas em alguns incisos trazem a necessidade de exame do ato administrativo, no qual se deve identificar a ofensa à legalidade ou juridicidade para integrar a norma sancionatória⁵³.

O elemento subjetivo para configuração do ato de improbidade por enriquecimento ilícito é o dolo. Assim, a conduta deve ser dolosa, isto é, a consciência da ilicitude do ato pelo agente público (PAZZAGLINI FILHO, 2018, p. 45).

O art. 9º da LIA (BRASIL, 1992) permite condutas omissivas e comissivas para configuração do enriquecimento ilícito, malgrado não trazer a expressão ação ou omissão ao contrário dos artigos 10 e 11 na tipificação. Martins Júnior (2009, p. 229) defende que o enriquecimento ilícito pode ser caracterizado por qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, desde que a vantagem indevida seja obtida em razão do vínculo com a Administração Pública, independentemente de prejuízo ao erário⁵⁴.

Por fim, não se confunde enriquecimento ilícito com enriquecimento sem causa. A primeira distinção é que para configuração do enriquecimento sem causa não é necessária a ocorrência de um ato ilícito, ao contrário do enriquecimento ilícito como o próprio nome já diz tudo.

⁴⁹ Art. 9º, incisos I, II, III, V, VI, IX.

⁵⁰ Art. 9º, incisos IV, XI, XII.

⁵¹ Art. 9º, incisos VII.

⁵² Art. 9º, incisos VIII.

⁵³ Art. 9º, II, III, VI, X.

⁵⁴ Em sentido contrário, Carvalho Filho (2017, p. 995) é defensor que o art. 9º da LIA (BRASIL, 1992) depende sempre de conduta comissiva, pois não comportam condutas omissivas para o enriquecimento ilícito.

Categoricamente, o enriquecimento sem causa não se confunde com o enriquecimento ilícito. Na primeira hipótese, falta uma causa jurídica para o enriquecimento. Na segunda, o enriquecimento está fundado em um ilícito. Assim, todo enriquecimento ilícito é sem causa, mas nem todo enriquecimento sem causa é ilícito. (TARTUCE, 2011, p. 283).

A outra distinção é a titularidade e inexistência de efetivo empobrecimento nas entidades mencionadas no art. 1º desta LIA (BRASIL, 1992). Enquanto no enriquecimento sem causa a titularidade é daquele que empobreceu, no enriquecimento ilícito, em razão do abuso no exercício da função pública, a titularidade é da entidade pública ou privada da qual o agente público é parte integrante, independentemente do efetivo empobrecimento da referida entidade.

4.3.4 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

Os arts. 10 e 10-A da LIA (BRASIL, 1992) descrevem ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, e por uma questão metodológica serão tratados em seções diferentes. O art. 10 da LIA trata de atos de improbidade que causem lesão ao erário por perda, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação do patrimônio das entidades protegidas, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente público. O cerne do artigo é a expressão lesão ao erário, entendida como a diminuição do erário de forma ilícita, independente de haver enriquecimento ilícito do agente ou de terceiros.

A mesma técnica legislativa empregada no art. 9º foi repetida no art. 10 com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados na cabeça do artigo, desde que causem lesão ao erário por qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, e enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da LIA (BRASIL, 1992) e exemplificativo nos incisos.

Claro, como já suscitado, se a conduta se enquadrar ao descrito no caput, estará o ato de improbidade configurado, mesmo que não venha a se adequar a qualquer dos atos dos incisos, uma vez que possuem relação de independência entre eles.

Os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário podem ser aglutinados com base em elementos ordinários, tais como: o enriquecimento ilícito de

terceiro⁵⁵; as fraudes em licitações⁵⁶; a desídia na concessão de benefícios e na arrecadação tributária⁵⁷; a gestão irregular de recursos e negócios públicos⁵⁸.

Cumpre esclarecer que erário e patrimônio público não possuem os mesmos conceitos, e a LIA (BRASIL, 1992), no seu art. 10, demanda a ocorrência de lesão ao erário para o ato de improbidade. Erário designa o tesouro público, o conjunto de bens ou valores pertencentes ao Estado. Já patrimônio público tem abrangência muito maior, além de bens e interesses econômicos, engloba, também, os não econômicos⁵⁹.

É de anotar a existência de divergência doutrinária acerca do conceito de lesão ao erário previsto no art. 10, caput. Em outras palavras, há controvérsia na necessidade ou não de prejuízo econômico-financeiro.

A primeira corrente defende a aplicação da norma para toda e qualquer lesão ao patrimônio público, com fundamento em uma interpretação teleológico-sistemática que insere o conjunto de prescrições da própria LIA (BRASIL, 1992), e descarta a interpretação literal da norma. Tal assertiva decorre da expressão perda patrimonial, expressa no próprio art. 10 da LIA (BRASIL, 1992), e engloba toda e qualquer lesão causada ao patrimônio público, imaginado em sua completude, inclusive o patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético, turístico, entre outros (GARCIA; ALVES, 2017, p. 313).

Como se vê, o sistema instituído pela Lei nº 8.429/92 não visa unicamente a proteger a parcela de natureza econômico-financeira do patrimônio público, sendo ampla e irrestrita a abordagem deste, o que exige uma proteção igualmente ampla e irrestrita, sem exclusões dissonantes do sistema.

Afora a interpretação sistemática, afigura-se igualmente acolhedor o resultado de uma exegese teleológica. Neste sentido, a ratio do art. 10 da Lei nº 8.429/92 é clara: proteger o patrimônio (de natureza econômica ou não) das entidades mencionadas no art. 1º, sujeitando o agente cuja conduta se subsuma à tipologia legal às sanções do art. 12, II.

Consequentemente, podem ser assentadas as seguintes conclusões: a) ao vocábulo erário, constante no art. 10. Caput, da Lei nº 8.429/92, deve se atribuir a função de elemento designativo dos entes elencados no art. 1º, vale dizer, dos sujeitos passivos dos atos de improbidade; b) a expressão perda patrimonial, também constante do referido dispositivo, alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido este em sua inteireza. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 313).

⁵⁵ Art. 10, I, II, III, XII, XIII.

⁵⁶ Art. 10, IV, V.

⁵⁷ Art. 10, VII, X.

⁵⁸ Art. 10, VI, IX, XI.

⁵⁹ O art. 1º, §1º da Ação Popular, Lei nº 4.717/65 (BRASIL, 1965), considera patrimônio público bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Já a outra doutrina defende que CF (BRASIL, 1988) quis proteger os bens jurídicos expressos no art. 37, § 4º, que cita erário e a LIA (BRASIL, 1992), e, por sua vez, defende bens ou haveres (art. 10, caput), rendas, verbas ou valores integrantes do acervo.

O STJ vem entendendo que, para a configuração dos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 (BRASIL, 1992), exige-se a presença de efetivos danos ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa (elemento subjetivo), e se não caracterizado o efetivo prejuízo ao erário, está ausente o próprio fato típico⁶⁰. A propósito, segue o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. NAO-CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF e 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NAO-CONFIGURAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ARTS. 10, VIII E IX, DA LEI 8.429/92). LESAO AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA. REQUISITO ESSENCIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO REFERIDO PRECEITO. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA PARTE, PROVIDOS.

[...] 6. **O ato de improbidade previsto no art. 10 da LIA exige para a sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário, sob pena da não-tipificação do ato impugnado. Haveria, portanto, uma exceção à hipótese prevista no inciso I do art. 21, o qual somente deve ser aplicado nos casos de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92.**

7. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos. (REsp 678.115/RS, Ministra Denise Arruda, DJ de 29.11.2007, p. 171, grifo nosso).

Dessa forma, é imprescindível para a caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da LIA (BRASIL, 1992) o efetivo prejuízo ao erário, sob pena de concluir-se ausente o próprio fato típico.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. BENEFICIAMENTO DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. CONFIGURAÇÃO. ART. 11 DA LEI 8.429/92. DOLO GENÉRICO COMPROVADO. APLICAÇÃO DE SANÇÕES. DECORRÊNCIA LÓGICA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO E AUFERIMENTO DE VANTAGEM. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS PENAS DE RESSARCIMENTO E DE MULTA VINCULADA AO BENEFÍCIO OBTIDO.

1. O dano ao erário não é elementar à configuração do ato de improbidade.
2. Os atos censurados amoldam-se aos casos de improbidade administrativa, previstos no art. 11, I, da Lei 8.429/92. O Superior Tribunal de Justiça possui

⁶⁰ STJ - REsp: 1233502 MG 2011/0012431-7, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 14/08/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2012.

o entendimento consolidado de que o ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo genérico.

3. In casu, conclui o acórdão estadual que houve favorecimento da vencedora do certame, por manifesta deliberação do ora agravante, o que por si só configura o dolo genérico, consubstanciado na intenção de beneficiar a empresa vencedora do certame.

4. O art. 21, I, da Lei nº 8.429/92 prevê a aplicação de sanções aos atos de improbidade, ainda que não haja dano patrimonial ou enriquecimento ilícito, salvo quanto à pena de ressarcimento. No caso, não foi consignada a ocorrência de dano patrimonial ou de enriquecimento ilícito. Recurso especial parcialmente provido para tornarem inaplicáveis as sanções de ressarcimento integral do dano e de pagamento de multa civil equivalente a três vezes o acréscimo patrimonial auferido. (REsp 1395771/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 14/11/2013).

Desse modo, inexistindo comprovação da existência de prejuízo efetivo e concreto ao erário não há que se falar em improbidade administrativa e na necessidade de recomposição do erário.

4.3.5 Atos que atentam contra os princípios da administração

O art. 11 da LIA (BRASIL, 1992) trata de atos que atentam contra os princípios da administração pública e tem como expressão precípua ofensa aos princípios da administração pública⁶¹. Na verdade, cuida dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

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; e,

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (BRASIL, 1992).

⁶¹ Os princípios constitucionais da Administração Pública foram desenvolvidos no Capítulo 2 desta dissertação.

As técnicas legislativas empregadas nos arts. 9º, 10 foram repetidas no art. 11 da LIA (BRASIL, 1992), ou seja, com o uso de conceitos jurídicos indeterminados na cabeça do artigo e exemplificativo nos incisos. O fato típico da improbidade administrativa será atentar contra os princípios da administração pública, por ação ou omissão, que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Para Carvalho Filho (2017, p. 211) o artigo disse menos do que queria, pois o texto referiu-se aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, mas tal relação é nitidamente aleatória e o intuito é o da preservação dos princípios gerais da administração pública, isto é, atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

A enumeração legal dos princípios constantes é mera exemplificação. Traduzem de forma bem ampla a preocupação com a violação ao princípio da moralidade administrativa. Os cogitados no art. 11 são, em verdade, também deveres do agente público de observância indeclinável, consistindo em conceitos de significação fornecida pela ética administrativa (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 203).

Caso o agente público, por ação ou omissão, viole os princípios da administração pública, implicará em improbidade administrativa, mesmo se o princípio não estiver expresso no art. 11, pois prevalece a interpretação sistemática que os princípios da administração abarcam todos os princípios da administração pública.

Na verdade, os princípios expressos na cabeça do artigo 11, deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade, associam-se aos citados no art. 4º, que impõe a estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. “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”.

Interessante notar que o art. 11 (BRASIL, 1992) constitui, também, uma norma de reserva no combate ao ato de improbidade administrativa. Bitencourt Neto (2005, p. 145) sobre o assunto é didático “o artigo 11 é norma de reserva: caso o ato não atente diretamente contra o disposto nos artigos 9º e 10, ofendido o art., 11, estará configurada improbidade administrativa”.

A delimitação do ato de improbidade como violador dos princípios da administração pública prescinde da ocorrência de enriquecimento ilícito do agente e de prejuízo ao erário, o

que faz com que a aplicação do art. 11 ocorra em caráter residual, incidindo somente naqueles casos em que o ato ímprobo não acarrete enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público.

O art. 11 da Lei Federal n. 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica. Compreende-se que assim seja, visto que o bem jurídico tutelado pelo diploma em questão é a probidade administrativa, objetivo revelado no art. 21, quando aventa a possibilidade de se caracterizar ato de improbidade, ainda que sem a ocorrência do efetivo prejuízo. (PAZZAGLINI FILHO, 2018, p. 29).

Por isso, entende-se que a improbidade administrativa está vinculada ao princípio da juridicidade ao determinar a submissão, por parte do administrador público, não só às normas formais, como também aos princípios jurídicos. É citado como exemplo de juridicidade em nosso ordenamento jurídico o art. 2º, parágrafo único, inciso I da Lei 9.784/1999 (BRASIL, 1999)⁶², que exige a atuação conforme a lei e o Direito.

4.3.6 Atos administrativos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

No final de 2016, em 29 de dezembro, foi publicada a Lei Complementar nº 157 (BRASIL, 2016), que acrescentou à LIA (BRASIL, 1992) o novo artigo 10-A, malgrado a matéria de improbidade administrativa possuir campo de atuação por norma ordinária⁶³, além de um novo inciso no artigo 12, e um novo parágrafo ao artigo 17.

Na inserção do art. 10-A, o legislador adotou técnica legislativa diversa da empregada no art. 9º e art. 10, qual seja, utilizou na cabeça do artigo tipos de conteúdo específico e determinado, com uma enumeração taxativa das condutas para tratar de atos de improbidade administrativa derivados da concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiro ou tributário: “Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”

⁶² “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito” (BRASIL, 1999).

⁶³ A lei complementar possui sua matéria especificada na CF (BRASIL, 1988), quer dizer, trata-se de assuntos específicos. Já a lei ordinária atua de modo residual, em casos que não há exigência de lei complementar. Igualmente, há a questão pertinente ao quórum, necessário para aprovação, além do art. 61 da CF (BRASIL, 1988) fazer distinção acerca da iniciativa de lei complementar da iniciativa de lei ordinária.

O novo tipo foi inserido para cuidar da ação ou omissão para concessão, aplicação, ou manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõe a Lei Complementar nº 116 de 2003 (BRASIL, 2003)⁶⁴, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN - de competência dos Municípios e do Distrito Federal.

Em outras palavras, foi inserido um tipo de improbidade administrativa para combater a guerra fiscal entre os Municípios, pois qualquer concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida, será considerado ato de improbidade administrativa.

Trata-se, desta forma, de ato de improbidade direcionado, basicamente, aos Prefeitos e Vereadores dos Municípios, bem como ao Governador e Deputados Distritais do Distrito Federal, que são os responsáveis pela fixação de alíquotas do ISS e respectivos benefícios financeiros ou tributários. Não impede, todavia, que terceiros também sejam responsabilizados quando contribuírem para o ato de improbidade ou dele se beneficiarem, direta ou indiretamente. (NEVES; OLIVERIA, 2017, p. 98).

A legitimidade para a ação de improbidade, neste caso, será do Município, ou Distrito Federal, pessoa jurídica interessada, e do Ministério Público, e nesse caso o Município que está sendo prejudicado pela concessão de isenção em desacordo a Lei Complementar 116/2003 (BRASIL, 2003) deve ser considerado como terceiro interessado.

4.4 Elemento subjetivo: dolo ou culpa

A LIA (BRASIL, 1992) impõe a responsabilidade do agente público, e eventualmente de um terceiro, por determinação constitucional e está substanciada no direito sancionador, e tem como elemento subjetivo o dolo ou culpa.

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente

⁶⁴ “Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). § 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar”. (BRASIL, 2003).

impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. (DI PIETRO, 2017, p. 1180).

Assim, a análise das condições primordiais para o desenho das modalidades de atos de improbidade passa pela discussão da identificação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) dos agentes envolvidos. Garcia e Alves (2017, p. 401) qualifica o elemento subjetivo como “o elo lógico entre a vontade do agente, sua conduta e o resultado e que terá a consequente manifestação de culpabilidade do agente”.

Para Osório (2007, p. 291), é necessário o dolo ou a culpa grave e não é admitido o entendimento da responsabilidade objetiva para atos de improbidade administrativa, uma vez que a responsabilidade subjetiva do tipo proibitivo é própria da improbidade administrativa.

No mesmo sentido, para Di Pietro (2017, p. 1.180) a responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no artigo 37, § 6º da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros e preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano.

A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LIA sobre o assunto. Isto se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva. (OSÓRIO, 2007, p. 291).

Apesar de não haver senso acerca do elemento subjetivo para cada uma das modalidades de improbidade administrativa, parece que a jurisprudência do STJ vem a exigir dolo para os atos dos artigos 9º, 10-A e 11 e dolo ou culpa para os do art. 10. Essa interpretação decorre da redação dos três artigos, uma vez que só o art. 10, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, é expreso para conduta dolosa ou culposa. Para as demais condutas não consta tal exigência e exige-se comprovação de dolo.

No exato sentido, Moraes (2017, p. 278) defende que a LIA (BRASIL, 1992) consagrou a responsabilidade subjetiva do servidor público, exigindo o dolo nas três espécies de atos de

improbidade (arts. 9º, 10 e 11) e permitindo, em uma única espécie - art. 10 -, a responsabilidade a título de culpa.

4.5 Sanções

Para Kelsen (1979, p. 39), as sanções são dados normativos que caracterizam e definem ontologicamente o Direito. É a imputação de uma sanção com caráter de coação psíquica, com vista à retribuição por um preceito transgredido. É por isso que qualifica o direito em um sistema de sanções para a conduta socialmente indesejada, pois sua essência se revela nas formulações que se destinam a coibi-la ou sancioná-la.

El derecho es un orden coactivo, no en el sentido de que ejerce - o, más correctamente: su representación - coacción psíquica, sino en el sentido en que los actos coactivos, a saber: la privación coactiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos y otros, son estatuidos por él como consecuencias de condiciones que él determina. Esas condiciones son, en primer término - aunque no, como ya lo hemos observado y como lo veremos más de cerca, exclusivamente - una determinada conducta humana que, por haber sido convertida en condición de un acto de coacción dirigido contra el hombre que así se comporta (o contra sus familiares), se convierte en prohibida, en contraria a derecho, para ser así impedida y para que deba ser producida la contraria, la conducta socialmente útil, deseada, conforme a derecho (KELSEN, 1979, p. 66).

Já para Bobbio (1977, p. 162), a sanção é uma norma secundária das normas jurídicas, utilizada para distanciar as demais formas de sanção, como a moral e social.

Sobre o problema da sanção foram derramados rios de tinta pelos clássicos: quase se poderia distinguir os filósofos do Direito do passado e do presente em duas grandes fileiras, das quais uma é aquela dos ‘sancionistas’ e a outra dos ‘não-sancionistas’. Talvez não haja problema da filosofia do Direito que tenha atraído maiores e mais ferozes discussões, e que tenha sido objeto de maiores indagações e reflexões. (BOBBIO, 1977, p. 162).

Para o fim dessa dissertação, resumidamente, sanção jurídica é a retribuição imposta ao agente descumpridor do ordenamento jurídico. Por sua vez, o art. 37, § 4º da CF (BRASIL, 1988) delimita 4 (quatro) hipóteses de sanções para quem cometer os atos de improbidade: perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; ressarcimento ao erário; e, indisponibilidade de bens. Em complementação ao mandamento constitucional, a LIA (BRASIL, 1992) estabeleceu outras sanções ao sistema sancionatório, quais sejam, a perda de

bens ou valores acrescidos ilicitamente; multa civil; proibição de contratar com o Poder Público; e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

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;

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;

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.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

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. (BRASIL, 1992).

O STF, no Registro Extraordinário nº 598588⁶⁵, definiu a natureza jurídica das sanções impostas pela LIA (BRASIL, 1992) como civil, e declarou que os atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

⁶⁵“Agravos Regimentais No Recurso Extraordinário. Improbidade Administrativa. Multa Civil. Artigo 12, III, Da Lei 8.429/92. As sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei nº 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Agravos regimentais a que se nega provimento”. (STF - RE: 598588 RJ, Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 15/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-10 PP-02114).

4.5.1 Sanções jurídicas em espécie

Observa-se que as sanções jurídicas têm natureza heterogênea, isto é, são de várias naturezas, tais como, ressarcitória, política, administrativa, e podem ser divididas em quatro tipos de sanções com naturezas distintas segundo Pazzaglini Filho (2018, p. 116).

A primeira possui natureza política ao prescrever a suspensão dos direitos políticos. A segunda é de natureza político-administrativa, ao impor a perda da função pública. A terceira é de natureza administrativa, na proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Por fim, de natureza civil, com três modalidades: a multa civil, o ressarcimento integral do dano e a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Importante lembrar que há independência relativa entre as instâncias jurídicas constituídas que em regra são autônomas. A exceção ocorre quando há condenação criminal, como trânsito em julgado, e na absolvição, se declarado por sentença a inexistência do fato ou a exclusão da autoria, se ambas acharem-se decididas no juízo criminal⁶⁶.

A regra fundamental sobre a matéria está contida no artigo 935 do Código Civil, em cujos termos não se poderá questionar mais sobre ‘a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal’. A mesma norma se continha no artigo 1.525 do Código Civil de 1916. Em consonância com esse dispositivo, o artigo 126 da Lei nº 8.112/90 determina que ‘a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou da sua autoria’. Por sua vez, o artigo 65 do Código de Processo Penal determina que ‘faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito’. E o artigo 66 estabelece que ‘não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato’. (DI PIETRO, 2017, p. 1146).

Assim, se houver condenação na instância criminal, nem a instância administrativa, nem a instância cível poderá deliberar de outro modo. Já se houver absolvição, deverá observar seu fundamento nos termos dos art. 386 do CPP (BRASIL, 1941)⁶⁷.

⁶⁶ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (BRASIL, 2002).

⁶⁷ “Artigo 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal) ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação”. (BRASIL, 1941).

Enfim, não repercute na instância administrativa se o mesmo fato não constituir infração penal, pois pode corresponder a uma infração administrativa se não houver prova da existência do fato, ou se não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal, bem como se não existir prova suficiente para a condenação.

4.5.1.1 Suspensão dos direitos políticos

Nossa Norma Fundamental veda a cassação de direitos políticos, salvo nos casos expressos no art. 15, entre eles o inciso V da improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da CF (BRASIL, 1988)⁶⁸.

Silva (2018, p. 348) ensina que direitos políticos são o conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais, e garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos.

[...] prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o Jus Civitatis, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado. (BUENO, 1958, p. 459).

É imperativo que a sanção conste expressamente na sentença condenatória, ao contrário da sentença condenatória penal, inclusive com a expressa determinação do prazo da suspensão, sendo imprescindível o trânsito em julgado da sentença condenatória⁶⁹ para efetivação da sanção. “Dessa forma, se o juiz não decidir expressamente pela suspensão dos direitos políticos, essa sanção não será aplicada, não precisando, entretanto, especificar quais direitos políticos que estarão suspensos, já que a previsão legal contempla todos os direitos políticos” (NEVES; OLIVEIRA, 2017, p. 245).

⁶⁸ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”. (BRASIL, 1988).

⁶⁹ “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 1992).

Cumpra esclarecer que é atribuição da Justiça Eleitoral, depois de comunicada e da sentença condenatória com trânsito em julgado, efetivar o cancelamento da inscrição eleitoral, independentemente de ser condenação da Justiça Comum, estadual ou federal, ou Justiça Especializada.

Finalmente, a perda do mandato eletivo é automática, tendo em vista que o pleno exercício dos direitos políticos é condição de elegibilidade. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] II - o pleno exercício dos direitos políticos” (BRASIL, 1988).

4.5.1.2 Perda da função pública

A sanção de perda da função pública é aplicada aos agentes públicos para todas as modalidades de improbidade administrativa e implica na extinção do vínculo jurídico com o ente público que sofreu o ato ímprobo, conforme o rol elencado no art. 1º da LIA (BRASIL, 1992).

O primeiro ponto, então, a considerar é o de que a punição se aplica exclusivamente a agentes públicos, não se estendendo ao terceiro, que nenhum vínculo mantém com o Estado. A noção de perda da função pública reclama interpretação ampla. Não se trata de extinção do vínculo apenas dos servidores públicos (os que integram os entes federativos, autarquias e fundações de direito público), mas também daqueles que se encontram no quadro de empregados de todas as entidades referidas no art. 1º da lei, inclusive das do setor privado que recebem ou receberam apoio do Estado acima dos limites nela fixados. No regime estatutário, a perda da função pública espelha a penalidade de demissão, que, embora possa originar-se da sentença condenatória, pode também ser aplicada pela própria Administração, em virtude de condutas que se configurem como de improbidade, observado as normas do respectivo estatuto funcional; como antecipamos, a LIA não revogou a Lei nº 8.112/1990, o estatuto federal. (CARVALHO, 2017, p. 610).

Assim, aplica-se a perda da função pública para todos que a exerçam, ainda que transitório ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, de mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º da LIA (BRASIL, 1992). Por uma questão lógica, não é aplicada ao terceiro sem nenhuma relação com o Estado.

Naturalmente, é sanção inaplicável ao terceiro beneficiário do ato de improbidade ou mesmo de partícipe que não tenha qualquer vinculação jurídica com a pessoa jurídica de direito público, o mesmo ocorrendo com a

pessoa jurídica que pratica ato de improbidade. (NEVES; OLIVEIRA, 2017, p. 245).

Garcia e Alves (2017, p. 642) esclarecem inexistir óbice na aplicação da sanção, se na data da condenação definitiva o agente público exercer outra função pública diferente daquela utilizada para prática do ato. Justificam a aplicação da sanção na falta de apreço pelo bom andamento da atividade estatal e isso se incompatibiliza com o exercício de qualquer função pública, e não apenas daquela ocupada por ocasião da conduta ímproba.

A Segunda Turma do STJ, quanto à sanção de perda da função pública, decidiu que a extinção do vínculo jurídico entre o agente ímprobo e a Administração Pública se aplica para outro cargo que lhe proporcione desempenhar função pública correlata. Eis a ementa do acórdão:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 12 DA LEI Nº 8.429/1992. PENA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DOS SEUS EFEITOS.

1. Não se discute nos autos a caracterização de ato de improbidade em razão da acumulação ilegal de cargos públicos.

2. Recurso especial no qual se discute se a sanção de perda da função pública se limita à proibição do exercício da função até então desempenhada pelo agente ímprobo, ou acarreta a perda do direito de ocupar o cargo público por meio do qual a desempenhava.

3. O art. 12 da Lei nº 8.429/1992, quanto à sanção de perda da função pública, refere-se à extinção do vínculo jurídico entre o agente ímprobo e a Administração Pública, de tal sorte que, se o caso de improbidade se referir a servidor público, ele perderá o direito de ocupar o cargo público, o qual lhe proporcionava desempenhar a função pública correlata, que não mais poderá exercer.

Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença. (STJ - REsp: 924439 RJ 2007/0020069-2, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 06/08/2009, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: -- DJe 19/08/2009).

Desse modo, a sanção de perda da função pública tem a finalidade de extirpar da Administração Pública o agente público que exibiu inidoneidade moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecurável.

Tema interessante já enfrentado pela doutrina é se a perda da função pública atinge também a aposentadoria se na data do trânsito em julgado da sentença condenatória o agente público estiver aposentado. Pazzaglini Filho (2018, p. 143) advoga que se o agente público se encontrar aposentado na data da prolação da sentença condenatória, o vínculo previdenciário

será extinto com a Administração Pública, pois é a mera continuidade do vínculo que havia por ocasião da prática do ato de improbidade.

Já Carvalho Filho (2017, p. 1.005) é defensor da impossibilidade de perda da função pública para aposentado, pois, tendo o agente passado para a inatividade, a aposentadoria opera a extinção do vínculo jurídico de caráter administrativo antes existente com a Administração Pública. E continua, “o vínculo previdenciário, que daquele difere, só pode ser desfeito por outro tipo de sanção, que é a cassação de aposentadoria, que é diferente da perda da função pública e não se encontra prevista na Lei de Improbidade”

Os fundamentos para afastar a perda da aposentadoria são os requisitos próprios do regime jurídico contributivo, além de inexistir a pena de cassação de aposentadoria, que é diferente de perda da função pública⁷⁰.

A perda da função pública, igual à sanção de suspensão dos direitos políticos, somente é aplicável com o trânsito em julgado da sentença condenatória, segundo estabelece o art. 20 da LIA (BRASIL, 1992).

3.5.1.3 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

Todas essas sanções são de natureza administrativa e precisam estar expressas na sentença condenatória, não são automáticas, sob pena de sua inaplicabilidade. Pazzaglini Filho (2018, p. 120) sustenta a aplicabilidade para todos os entes da Federação e respectivas entidades da administração direta e indireta, independentemente do âmbito do ente público lesado⁷¹.

Importante observar que essas sanções são aplicadas às pessoas físicas e às pessoas jurídicas em que o ímprobo seja sócio majoritário.

Apesar da pena ser pessoal, o legislador se preocupou com o comum artifício de o ímprobo se ‘esconder’ por trás de sociedades empresariais para escapar de efetiva aplicação da pena. Nesse sentido, a lei prevê que a sanção será também aplicada à sociedade empresarial a qual figure como sócio majoritário o sujeito condenado por ato de improbidade. Entendo a preocupação do legislador com os demais sócios, exigindo a participação do ímprobo como

⁷⁰ STJ - REsp: 1186123 SP 2010/0052911-8, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 02/12/2010, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 04/02/2011.

⁷¹ “Como exemplos de benefícios ou incentivos fiscais e creditícios proibidos: a dispensa ou limitação de pagamento de obrigação tributária (isenção de caráter não geral); perdão de sanção tributária (anistia) ou de débito tributário (remissão); subvenções (sociais e econômicas); e subsídios (auxílios financeiros) de entidades públicas; proibição de participar de licitação” (PAZZAGLINI FILHO, 2018, p. 120).

sócio majoritário, mas a mente criminosa trabalha de variadas e inesperadas, e contra ela devem ser utilizadas todas as armas possíveis. Significa dizer que, se ficar demonstrado que a sociedade tem participação mínima do ímprobo, mas que o sócio ou sócios majoritários são somente ‘testa de ferro’ naturalmente a sanção também deve ser aplicada. Parentes e laranjas são comumente utilizados nesses casos. (NEVES; OLIVEIRA, 2017, p. 250).

Acerca da proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, a sanção é aplicável tão só aos benefícios ou incentivos condicionados ou onerosos, os quais exigem o cumprimento de algumas condições especiais por parte dos beneficiários. Não alcança os benefícios ou incentivos genéricos ou incondicionados, que independem do cumprimento de qualquer requisito, e não são atingidos pela sanção, uma vez que não constituem privilégio e sim medida de política fiscal efetivada em favor de toda a coletividade. (SOBRANE, 2010, p. 164).

4.5.1.4 Multa civil

A sanção multa civil é uma cominação de pagamento em dinheiro a ser retirado do patrimônio do agente ímprobo, com caráter puramente punitivo, sem natureza indenizatória, e possui o único fim de desestimular a prática dos atos de improbidade administrativa.

A sanção apresenta-se com dois aspectos diferenciados quanto à sua aplicação. Primeiramente, há inflexibilidade quanto a seu limite: em todos os casos a lei o estabelece (a lei usa o termo ‘até’). Dentro do limite, contudo, a aplicação observa o caráter de flexibilidade, cabendo ao julgador eleger o valor mais adequado; de qualquer modo, reclama-se a observância da proporcionalidade entre a sanção e a conduta, bem como a devida justificação para o valor fixado. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 612).

É prevista para as três modalidades de atos de improbidade, com diferentes graduações, sendo obrigatório constar expressamente na sentença condenatória.

A legislação é omissa acerca do destinatário do valor da multa. Pazzaglini Filho (2018, p. 120), em consonância com a jurisprudência, suscita que deve ser revertido para a entidade pública vítima do ato de improbidade.

4.5.1.5 Ressarcimento integral do dano

O ressarcimento integral do dano não constitui propriamente uma sanção e sim consequência necessária do prejuízo causado⁷², dito de outro modo, tem natureza de indenização e não de sanção.

Para os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário o ressarcimento integral é imperioso. Já para os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, para os atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e para atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, é necessária a efetiva comprovação do prejuízo patrimonial.

É tópico obrigatório da sentença de procedência determinar o valor do pagamento para a pessoa jurídica prejudicada pelo ato ilícito⁷³. No caso de vários agentes, em conluio, e havendo prejuízo à Administração Pública, a condenação é solidária para todos, inclusive para os sucessores no limite da força da herança (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 273).

O ressarcimento integral também engloba o dano moral, admitido pela doutrina e jurisprudência majoritária, inclusive em favor de pessoa jurídica (CARVALHO FILHO, 2017, p. 610). Isso em razão da LIA (BRASIL, 1992) estabelecer que o ressarcimento é integral e considerou não só o dano material praticado contra o erário, mas também o dano moral sofrido pelo Estado, em especial, a sociedade.

Do mesmo modo que as pessoas jurídicas de direito privado, as de direito público também gozam de determinado conceito junto à coletividade, do qual muito depende o equilíbrio social e a subsistência de várias negociações, especialmente em relação: a) aos organismos internacionais, em virtude dos constantes empréstimos realizados; b) aos investidores nacionais e estrangeiros, ante a frequente emissão de títulos da dívida pública para a captação de receita; c) à iniciativa privada, para a formação de parcerias; d) às demais pessoas jurídicas de direito público, o que facilitará a obtenção de empréstimos e a moratória de dívidas já existentes etc.

É plenamente admissível, assim, que o ato de improbidade venha a macular o conceito que gozam as pessoas jurídicas relacionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/92, o que acarretará um dano de natureza não-patrimonial passível de indenização (STJ - REsp: 960926 MG 2007/0066794-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 18/03/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.04.2008 p. 1).

⁷² STJ - AgInt no AREsp: 1200672 AP 2017/0289047-4, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/08/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/08/2018.

⁷³ “Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”. (BRASIL, 1992).

Por fim, há uma peculiaridade acerca da prescrição: a ação de ressarcimento de prejuízos ao erário é imprescritível, como assinala o art. 37, § 5º da Constituição. Ora, se a lei fixou prazo de prescrição para outros ilícitos e ressalvou a ação de ressarcimento do dano, não incide, para esse fim, o art. 23 da LIA (BRASIL, 1992), que regula a prescrição, nem o clássico Decreto nº 20.910/1932, que trata da prescrição geral contra a Fazenda. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 610).

4.5.1.6 Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio

A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio não é uma “pena”, pois não possui natureza punitiva e sim natureza reparatória, com intuito de evitar o enriquecimento ilícito dos ímprobos e devolvê-los à situação anterior à prática do ato. É a sanção aplicada para os atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito do agente ou causem prejuízo ao erário, isto é, para os atos previsto nos arts. 9º e 10º da LIA (BRASIL, 1992).

O perdimento alcança o objeto do enriquecimento ilícito, bem como seus frutos e produtos. Se os bens são fungíveis (como o dinheiro), incide, se consumidos, sobre o equivalente no patrimônio do infrator (GARCIA; ALVES, 2017, p. 471).

O patrimônio anterior poderá ser usado para a reparação de danos causados ao erário, aplicando-se normalmente o art. 793 0 CPC, mas a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio demanda que o acréscimo decorra do ato de improbidade, projetando para o momento posterior a tal ato a imposição da reparação ora analisada. (NEVES; OLIVEIRA, 2017, p. 236).

4.6 Considerações parciais

Entender os principais aspectos da LIA (BRASIL, 1992) é fundamental para saber se a reforma da LINDB (BRASIL, 2018a) trouxe alteração na sua aplicabilidade. Para isso, foi necessário compreender que a expressão “improbidade administrativa” sempre estará vinculada à violação da juridicidade (GARCIA, 2018, p. 24).

Além disso, para identificar os tênues limites que separam uma simples ilegalidade daquela antijuridicidade qualificada, caracterizadora do ato de improbidade administrativa, não basta analisar se o agente público incorreu em uma das condutas citadas na LIA (BRASIL, 1992), mas, ainda, o critério de proporcionalidade.

Como dito, não se discute a importância da LIA (BRASIL, 1992) como mecanismo sancionador de condutas atentatórias ao Erário ou contrárias aos princípios da Administração Pública, uma vez que está estruturada justamente para coibir os atos ilícitos e a corrupção.

O ponto central, na verdade, é a forma de aplicação, em muitos casos desmedida e sem quaisquer critérios pautados no art. 11, por ser tipo aberto extremamente amplo, como “ofensa aos Princípios da Administração”, entre eles o princípio e o critério de proporcionalidade da eficácia administrativa. A partir disso, há possibilidade da utilização LIA (BRASIL, 1992) causar ineficiência na própria Administração Pública, no cenário denominado “apagão das canetas”: “deve haver, porém, equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um ‘apagão decisório’, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores” (DANTAS, 2018).

Nesse contexto, a alteração da LINDB (BRASIL, 2018a) consistiu em um relevante instrumento de valorização e confiança para o gestor público, além de conferir maior segurança jurídica no âmbito das relações que envolvem a Administração Pública, sobretudo no âmbito da aplicabilidade da LIA (BRASIL, 1992).

5 A NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB - nasceu em nosso ordenamento jurídico com o Decreto-Lei nº 4.657/42 (BRASIL, 1942) e foi recepcionada como lei ordinária pela CF (BRASIL, 1988). Sua ementa a denominava de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e com a publicação da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010 (BRASIL, 2010), a ementa passou a denominar-se Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A alteração ocorreu em razão das suas normas se aplicarem e interpretarem todo o ordenamento brasileiro, e não somente o Direito Civil, ou seja, trata-se de uma norma sobre norma e pertence à teoria geral do direito⁷⁴. “Com novo ou velho título não se altera o alcance dessa norma” (VENOSA, 2018, p. 15).

A mudança da denominação da lei também pode ser associada à percepção de que a hermenêutica saía dos Códigos e alçava um patamar estruturante no ordenamento, sendo abordada a partir da Constituição, tida como fundamento e eixo de interpretação do ordenamento jurídico. (NOHARA, 2018, p. 3).

A LINDB (BRASIL, 1942) é uma lei introdutória ao sistema jurídico positivo e por isso denominada pela doutrina de “lei das leis”, “lei sobre lei” (*lex legum*), lei de apoio, ou norma de sobredireito, pois consiste em um conjunto de normas cujo objetivo é disciplinar outras normas jurídicas⁷⁵.

Inspirada na apurada técnica alemã, a LINDB constitui um corpo de regras cujo objeto é a interpretação e aplicação de normas jurídicas. Por isso, diz-se que apresenta natureza de meta-norma, isto é, norma sobre normas. Ademais, contém princípios de Direito Internacional Privado, sendo uma das principais fontes internas deste ramo da ciência jurídica. Não é seu objetivo reger o comportamento e as relações entre as pessoas, bem como situações concretas, criando, alterando ou extinguindo situações jurídicas ou direitos subjetivos, mas sim coordenar a incidência, a interpretação e aplicação da norma jurídica. (GOMES, 2012, p. 9).

Já para Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 100):

⁷⁴ Não se trata da única norma de sobredireito em nosso ordenamento, a título de exemplo temos a Lei Complementar nº 95/98 (BRASIL, 1998b), que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

⁷⁵ Desse modo, essa norma “é lei geral de aplicação, no tempo e no espaço, das normas jurídicas, sejam de direito público ou de direito privado. Portanto é uma *lex legum*, conjunto de normas sobre normas, um direito sobre direito (sobredireito = *Uberrecht* = *surdroit*), enfim, um código de normas” (VELOSO, 2018, p. 15).

Assim, trata-se de uma norma máxima de compreensão do sistema jurídico brasileiro, que, além da evidente importância para a soberania nacional, regula a vigência e a eficácia de todas as outras, trazendo critérios para os seus conflitos no tempo e espaço, bem como estabelecendo parâmetros para a interpretação normativa (art. 4º) e garantindo a eficácia global do ordenamento positivo, ao não admitir o erro de direito (art. 3º) e reconhecer a necessidade de preservação das situações consolidadas em que o interesse individual prevalece (art. 6º).

Ela está assim organizada: os arts. 1º e 2º: tratam sobre vigência das normas; o art. 3º: obrigatoriedade das leis; o art. 4º: integração das normas; o art. 5º: interpretação das normas; o art. 6º: aplicação da lei no tempo; os arts. 7º a 19: aplicação da lei no espaço; os arts. 20 a 30: normas sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, introduzidos com a Lei nº 13.655, de abril de 2018 (BRASIL, 2018a).

A Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a) acrescentou um conjunto de normas, arts. 20 a 30, com a finalidade de inserir no ordenamento jurídico brasileiro normas que assegurem a segurança jurídica, a eficiência na criação e na aplicação do direito público. Cumpre esclarecer que esses artigos não são aplicáveis para normas de direito privado, em razão de serem específicas para o ramo do direito público.

5.1 Introdução da decisão com base em valores jurídicos abstratos e as consequências práticas da decisão

O artigo 20 foi o primeiro acrescentado pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a) e inovou, em seu caput, em várias expressões, tais como: esferas administrativa, controladora e judicial, valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão. “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL, 1942).

A sua finalidade foi tornar obrigatória, toda vez que decidido com base em valores jurídicos abstratos⁷⁶, o dever de considerar as consequências práticas da decisão. Visou a controlar a responsabilidade decisória estatal toda vez que julgar normas jurídicas abstratas que autorizam várias interpretações, tais como: interesse público, o princípio da economicidade, a moralidade administrativa, etc.

⁷⁶ A CF (BRASIL, 1988) possui inúmeros “valores jurídicos abstratos”, tais como, dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), moralidade (art. 37, caput), bem-estar e a justiça sociais (art. 193), meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias. (MARQUES NETO et al., 2017, p. 4).

A regra tenta coibir fundamentos decisórios vazios, somente retóricos ou principiológicos, sem qualquer referência a fatos ou seus impactos para a Administração Pública, decididos nas esferas administrativa, controladora e judicial, leia-se tribunais de contas e demais órgãos de controle externo, tal como o ministério público e esfera judicial, de todas as instâncias.

Cumpra esclarecer não serem vedadas decisões com base em valores jurídicos abstratos. O que se exige são decisões com análise prévia de suas consequências práticas. Nesse mesmo sentido Justen Filho (2018, p. 29) “O art. 20 não impede que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos”.

Prossegue Justen Filho (2018, p. 29) sobre o assunto:

A decisão deve ser o resultado de um processo estimativo realizado pela autoridade competente, que leve em consideração todos os valores envolvidos, as suas diversas acepções abstratas e as suas implicações concretas em face da realidade. O atendimento à proporcionalidade em sentido restrito depende de formulação de estimativas quanto aos efeitos práticos das diversas soluções possíveis.

Outra inovação, do mesmo art. 20, foi determinar que as consequências práticas da decisão integram as razões de decidir, ou seja, estabeleceu que argumentos metajurídicos (que não deixam de ser elementos pragmático-axiológicos) devem ser considerados ao decidir.

A previsão dos efeitos práticos da decisão a ser adotada, para fins de ponderar os valores escolhidos, consiste num processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência.

O dispositivo exige que a autoridade competente formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Essa projeção é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito. A decisão é considerada como um evento apto a produzir efeitos. Esses efeitos são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 31).

Para Oliveira (2014, p. 31), a expressão “as consequências práticas da decisão” introduziu a denominada análise econômica do direito ao exigir a análise econômica da decisão na *ratio decidendi* da decisão judicial.

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas. (OLIVEIRA, 2014, p. 31).

5.2 Princípio da motivação na LINDB

O parágrafo único do art. 20 proíbe decisões imotivadas ou constituídas somente em valores abstratos, sob pena de invalidação da decisão. Assim, em toda decisão deverá constar, nas suas razões, a sua necessidade, a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

É um comando para a autoridade, ao julgar, na motivação, avaliar os elementos idôneos constantes nos processos de controle e as consequências práticas de sua decisão. “Art. 20. [...] Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 2018a).

Motivação não é o mesmo que motivo. Este é o fato que determina o fundamento do ato, aquele é um ato ou efeito de motivar, de dar uma justificativa ou exposição das razões originárias daquele ato. De outra forma, motivo é a situação de fato, ou as circunstâncias de fato, deflagradora na manifestação da decisão. Já a motivação, para Cretella Junior (2016, p. 274), “é a justificativa do pronunciamento tomado”, normalmente em atos precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato.

[...] que motivo e o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo e que a motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram’ e ainda exemplifica dizendo que ‘[...] no ato de punição do funcionário, o motivo é a infração que ele praticou, no tombamento, é o valor cultural do bem, na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário; na exoneração do funcionário estável é o pedido por ele formulado. (DI PIETRO, 2017, p. 212).

Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade. Assim, sem exceções, as decisões,

sejam elas proferidas pelos órgãos administrativos, controladores ou judiciais, serão motivadas, ou seja, indicarão os motivos de fato e de direito que o levaram aquela decisão.

As projeções sobre os efeitos práticos da decisão devem ser incorporadas na motivação da decisão. A validade do ato depende da indicação não apenas dos dispositivos constitucionais, legais ou regulamentares invocados como fundamento da decisão. Também é indispensável, sempre que existir referência a um valor abarato, indicar os efeitos práticos estimados e tornar evidente o processo de concretização dos valores. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 32).

Na motivação deverá constar que a decisão é necessária e adequada. Para Carvalho Filho (2017, p. 129), adequação significa que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado. Já necessidade é lastreada na análise da própria decisão, se excessiva, ou, não. Enfim, a motivação deverá observar o princípio da proporcionalidade, uma vez que os conceitos de necessária e adequada da LINDB (BRASIL, 2018) foram inspirados nos elementos do princípio da proporcionalidade.

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens (GUERRA FILHO, 1989 apud MORAES, 2004, p. 79).

5.3 Consequência da decisão que invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

A LINDB (BRASIL, 1942), com as alterações da Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), no art. 21, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o consequentialismo jurídico, em razão da preocupação com decisões de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. “Mais do que uma deferência ao consequentialismo, o dispositivo presta homenagem à responsabilidade da decisão”, nas palavras de Marques Neto e Freitas (2018a).

De modo simples, pode se dizer que o consequentialismo é característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito. O consequentialismo jurídico é, por sua vez, postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção

interpretativa. Parece ser nesse sentido abrangente que a LINDB se aproxima do tema. (MENDONÇA, 2018, p. 47).

O caput do art. 21 (BRASIL, 2018a) e seu parágrafo único estão assim redigidos:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Pode-se dizer que a decisão que acarrete a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, demonstrará a necessidade e adequação da invalidação, além dos motivos pelos quais não são cabíveis possíveis alternativas, e indicará, de modo expreso, suas consequências jurídicas e administrativas. Todos os dados, de direito e fato, atrelados ao processo, independentemente da parte que alegou, se invalidados, deverão ter suas consequências jurídicas e administrativas indicadas de modo expreso.

O dispositivo em questão [art. 21] apenas exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expreso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão (MARQUES NETO et al., 2017, p. 6).

Para interpretar corretamente o espírito do artigo, é imprescindível entender os conceitos de “consequências jurídicas” e “consequências administrativas”. Para Mendonça (2018, p. 48), “consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito”, e continua esclarecendo que “consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública”.

Em resumo, o art. 21, e seu parágrafo único, permite a construção de duas normas. A primeira, norma que impõe dever formal quanto à fundamentação de certas decisões administrativas ou judiciais (o julgador deve indicar as condições para a regularização pós-

invalidez), a segunda, norma a respeito do conteúdo dessas decisões (o próprio dever de regularização).

Para Nohara (2018, p. 4), trata-se de aplicação da razoabilidade nos impactos e consequências da invalidação administrativa, que doravante deve ser feita de forma proporcional e equânime, não podendo, pois, impor ônus excessivos àqueles que sofrem o controle.

5.4 Primado da realidade sobre as normas sobre gestão pública

O art. 22 (BRASIL, 2018a) e seus parágrafos reforçam a necessidade do pragmatismo⁷⁷ no direito público brasileiro, em outros termos, deve-se dar mais importância às consequências práticas dos conceitos e conhecimentos do que a seus princípios ou pressupostos teóricos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (BRASIL, 2018a).

É a imposição que na interpretação das normas sobre gestão pública sejam considerados os obstáculos e dificuldades reais dos gestores e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo do direito dos administrados (NOHARA, 2018, p. 5).

[...] a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas.

As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em

⁷⁷ De acordo com o *website* do dicionário Michaelis, pragmatismo é “uma doutrina filosófica cuja tese fundamental é que a ideia que temos de um objeto qualquer nada mais é senão a soma das ideias de todos os efeitos imaginários atribuídos por nós a esse objeto, que passou a ter um efeito prático qualquer”.

que a gestão pública a ela submetida se insere. (MARQUES NETO et al., 2017, p. 8).

Jordão (2018, p. 73) defende que um dos maiores objetivos do art. 22 (BRASIL, 2018a) é gerar uma empatia, por parte do controlador, com a situação e as vicissitudes do gestor, uma vez que está claramente subjacente ao dispositivo o raciocínio de que há um considerável número de gestores bem intencionados e eles podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores, mas, sendo estas suas medidas razoáveis, eles merecem alguma proteção do direito, conforme as circunstâncias em que as decisões foram tomadas.

Assim, a defesa dos administradores públicos, seja no TCE e TCU, ou em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, por descumprimento da norma por problemas práticos, como falta de internet para transmissão de dados, ou, ainda, inexistência de profissional qualificado na região, como médico psiquiatra, deve, naturalmente se provado, ser considerado.

As proposições jurídicas devem ser «aplicadas» a eventos fácticos, a uma situação de facto que se verificou. Como acabamos de ver, isto só é possível na medida em que a situação de facto verificada é enunciada. O que no factotipo de um juízo aparece como «situação de facto» é a situação de facto como enunciado. O que aconteceu tem de ser mencionado com este fim, e aquilo que é mencionado tem de ser posto numa certa ordem. A situação de facto como enunciado efectua sempre uma selecção de entre a multiplicidade inabarcável, do constante fluir, do acontecer fáctico; esta selecção acha-a desde logo o julgador, tomando em consideração a possível relevância jurídica de cada um dos factos. A situação de facto enquanto enunciado não está assim «dada» de antemão ao julgador, mas tem que ser primeiramente conformada por ele, tomando em consideração, por um lado, os factos que lhe chegaram ao conhecimento e, por outro lado, a sua possível significação jurídica. A actividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede à sua apreciação jurídica. (LARENZ, 1997, p. 392).

Apontamento pertinente é feito por Nohara (2018, p. 5):

Os elaboradores do texto normativo chamam essa exigência de primado da realidade. Todavia, podem existir vários olhares sobre essa previsão, por exemplo: (a) desnecessária, pois já deveria estar pressuposta na interpretação jurídica feita na área da gestão, que não pode se estabelecer sem que se considere a realidade; (b) ineficaz, porque podem existir interpretações variáveis e que não deixam de ser especulativas, abstratas, portanto, sobre quais seriam os obstáculos e dificuldades; e, por fim, (c) perigosa: se for utilizada como uma brecha capciosa para se alegar que, por exemplo, como a realidade não nos permitiu cumprir adequadamente as exigências legais, então, podemos nos eximir de garantir direitos [...].

Percebe-se, pela redação do artigo, a influência da denominada doutrina Chevron⁷⁸, do direito americano, uma vez que para essa doutrina se a lei é clara quanto ao assunto em discussão, deve o juiz simplesmente aplicar a lei e desconsiderar as demais regulamentações. Já se houver ambiguidade, não cabe ao juiz analisar a lei, mas apenas verificar se a solução posta pelo poder público é razoável.

Por fim, o art. 22 da LINDB (BRASIL, 2018a) exige na interpretação das regras de gestão pública a consideração aos obstáculos e dificuldades do administrador, da exigência da política pública e dos administrados.

5.5 Da extensão da técnica de modulação dos efeitos da decisão norma de conteúdo indeterminado

O artigo 23 (BRASIL, 2018a) foi concebido para o preenchimento de uma relevante lacuna no direito público brasileiro, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão administrativa controladora - em termos parecido com o dispositivo § 3º do art. 927 do CPC (BRASIL, 2015)⁷⁹.

Trata-se do princípio da segurança jurídica⁸⁰, ao permitir aos tomadores de decisão (judicial e administrativa) a modulação dos efeitos. Surgiu para acabar com a alegação da inexistência de norma expressa que os obrigasse a julgar com coerência relativamente a posicionamentos anteriores do próprio tribunal ou da administração pública.

⁷⁸ “A controvérsia objeto deste ensaio reside na apreciação da decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos em *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC* (467 U.S. 837 (1984)), a qual estabeleceu um modelo de teste legal com vistas a determinar se deve conferir deferência à interpretação dada por uma agência governamental de um estatuto legal que rege a atividade desta. Segundo o teste encontrado pela Suprema Corte, ao juiz cabe inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão. Se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; em existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais interpretar diretamente a suposta vagueza da lei e apenas verificar se a solução posta pela agência é razoável. A *Court* adotou uma abordagem analítica que lida com o problema da deferência judicial às interpretações de lei da agência em duas etapas. No primeiro passo, a questão a ser resolvida é se o Congresso falou diretamente; se a intenção do Congresso é clara, isso é o fim do assunto; tanto a *Court*, bem como a agência devem dar efeito à intenção inequivocamente expressa do Congresso (SCALLIA, 1989, p. 511). Os tribunais, para responder ao primeiro passo, usam as ferramentas tradicionais da interpretação da lei e perguntam se o Congresso tinha uma específica intenção em relação ao tema em questão (MERRIL, 2017, p. 255)”. (BINICHESKI, 2017, p. 30).

⁷⁹ “§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. (BRASIL, 2015).

⁸⁰ O princípio da segurança jurídica é um princípio constitucional implícito e já normatizada no art. 2º da Lei nº 9.784/99.

O novo diploma obriga que as autoridades dotadas de poder de julgamento (judicial e administrativo), quando estiverem diante de normas de conteúdo indeterminado, primeiro, considerem as decisões passadas do Poder Judiciário e da administração pública antes de decretarem suas conclusões. Segundo, caso seja impossível manter o posicionamento sedimentado, que façam a passagem ao novo resultado de forma suave, necessariamente adotando um regime de transição.

A segurança jurídica é norma sobre-principiológica extraída de diversos enunciados constitucionais veiculadores tanto de regras quanto de princípios, como: coisa julgada, devido processo legal, direito adquirido, irretroatividade de leis etc. É norma imbricada com o conceito de Estado de Direito e prega coerência sistêmica em seus aspectos: i) estático, por meio da cognoscibilidade do Direito; e ii) dinâmico, por meio da confiabilidade do passado para o presente e da calculabilidade do presente para o futuro dos atos jurídicos. (ÁVILA, 2016, p. 206).

Agora, se houver nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, resultando em novo dever ou condicionamento de direito aos envolvidos, deve haver um regime de transição para o seu cumprimento.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (BRASIL, 2018a).

O artigo foi construído no princípio da segurança jurídica, e pela sua redação é nítida a necessidade de várias condições para o emprego do regime de transição: a decisão administrativa, controladora ou judicial deve estabelecer uma interpretação ou orientação nova; essa interpretação nova deve recair sobre uma norma de conteúdo indeterminado; por conta dessa interpretação, será imposto novo dever ou novo condicionamento de direito; o regime de transição mostra-se, no caso concreto, indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente; a imposição desse regime de transição não pode acarretar prejuízo aos interesses gerais.

Nesse mesmo sentido o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA – realizou um seminário, em dia 14 de junho de 2019, sobre os Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo e aprovou o enunciado sobre o artigo 23⁸¹, abaixo transcrito:

⁸¹ Disponível em: <http://www.idams.com.br/noticias/166/Seminario-promovido-pelo-IBDA-aprova-enunciados-sobre-a-LINDB.html>. Acesso em 16/06/2019.

17. É imprescindível, a partir da ideia de confiança legítima, considerar a expectativa de direito como juridicamente relevante diante do comportamento inovador da Administração Pública, preservando-se o máximo possível as relações jurídicas em andamento. Neste contexto, torna-se obrigatória, sempre para evitar consequências desproporcionais, a criação de regime de transição, com vigência ou modulação para o futuro dos efeitos de novas disposições ou orientações administrativas.

Assim, caso exista uma alteração no modo tradicional pelo qual os órgãos de controle, os tribunais de contas e Poder Judiciário interpretavam determinada norma, deverá ser previsto um regime de transição. Em outras palavras, a transição vai conceder um prazo para adaptação das pessoas afetadas pela nova orientação, a fim de elas amoldarem-se à nova interpretação.

Avançando um pouco mais sobre o conteúdo do art. 23, temos que o enquadramento na hipótese dissecada acima gera um poder-dever de previsão de um regime de transição. Trata-se da ideia já consolidada entre nós de uma modulação dos efeitos e de um diferimento temporal da aplicação da decisão nova. Tenho afirmado que a perplexidade trazida por esse dispositivo é absolutamente improcedente. A ideia de transição, de eficácia diferida de prescrição mandatórias já é assentada no nosso ordenamento. Tanto é que a legislação que rege a mais grave decisão possível num ordenamento positivo, a erradicação de uma norma por o mais grave dos vícios, a inconstitucionalidade, completa há um bom tempo a previsão de modulação dos efeitos, limitando a sua retroação ou fixando lapso temporal de permanência da lei ou norma hostilizada. (MARQUES NETO, 2018, p. 106).

Nesse sentido, Marques Neto (2018, p. 107) defende que o regime de transição deve assegurar o mínimo indispensável para que a interpretação nova garanta aos destinatários que seus efeitos recaiam de modo proporcional, equânime e não comprometa os interesses gerais. Mudanças de interpretação não podem lançar situações anteriores em regime de incerteza. Orientar a transição é dever básico de quem cria nova regulação a respeito de qualquer assunto.

Ninguém nega que as instituições públicas, na administração, no sistema de controle ou no Poder Judiciário, possam alterar suas interpretações sobre o Direito. É normal que, com o devido cuidado, o façam, inclusive em decorrência de novas demandas e visões que surgem com o passar do tempo. Contudo, as relações jurídicas pré-existentes não podem ser ignoradas. Elas seguem existindo e, se for o caso, terão de se adequar às novas interpretações ou orientações. Necessário, então, que seja previsto regime jurídico de transição que lhes dê tempo e meios para que realizem a conformação, segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, tal qual tem se dado em matéria de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade e, mais recentemente, com mera modificação de posição dominante do Supremo Tribunal Federal. (MARQUES NETO et al., 2017, p. 11).

Visou-se, desse modo, contrabalançar a forçosa dinâmica de padrões interpretativos, uma vez que as regras são mutáveis. Admitir a mudança como algo vital ao sistema e ao mesmo tempo contemplar mecanismos que dotem de previsibilidade, plausibilidade e graduação, é fundamental.

5.6 Irretroatividade do direito para revisão com base em mudança posterior de orientação geral

A inclusão do art. 24 (BRASIL, 2018a) foi para fixar o norte que a revisão da decisão não pode ser anulada com embasamento em alteração na orientação geral adotada sobre o Direito vigente. O conceito geral é a irretroatividade da norma.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (BRASIL, 2018a).

Assim, novo entendimento geral não deve retroagir e colidir com decisão já consumada em caso de anulação (invalidada, na linguagem adotada pela lei) com fundamento em nova interpretação geral.

Desde o Direito Romano, *tempus regit actum*, ou seja, a licitude ou a consequência jurídica de qualquer ato deve ser aferida segundo a lei vigente no momento de sua prática. É essencial e indispensável que cada cidadão, ao agir ou decidir, sempre saiba, antecipadamente, quais serão as consequências de sua opção. Para isso servem as normas jurídicas: para permitir essa antevisão; e para assegurar que aquelas determinadas consequências irão perdurar ao longo do tempo.

Porém, toda norma jurídica, para que possa ser aplicada, deve ser primeiramente interpretada. Pode-se dizer, portanto, que este art. 24 complementa o disposto no art. 6º, pois mudar o enunciado da norma, ou mudar a sua interpretação, são atitudes que acabam produzindo o mesmo efeito. Daí a necessidade de igual proteção no tocante à preservação das relações jurídicas constituídas antes da alteração. Da mesma forma que esta lei repudia a irretroatividade da lei, por coerência e com maior razão, deve repudiar a aplicação retroativa de nova interpretação da mesma lei, pois isso também ofende, diretamente, o superprincípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas. (DALLARI, 2015, p. 31).

Ora, não é novidade a grande demora para que a Administração Pública (controle interno), o Tribunal de Contas ou o Poder Judiciário examine a validade de um ato ou contrato administrativo (em sentido amplo) que já tenha se completado. Nesse período, pode acontecer

de o entendimento vigente ter se alterado. Caso isso aconteça, o ato deverá ser analisado conforme as orientações gerais da época e as situações por elas regidas deverão ser declaradas válidas, mesmo que apresentem vícios.

Câmara (2018, p. 118) defende que a regra fortalece a ideia de irretroatividade do direito em prejuízo de situações jurídicas perfeitas, constituídas de boa-fé, em coerência com o ordenamento à época vigente. Visa a dar segurança no longo prazo para situações jurídicas plenamente constituídas à luz de um entendimento geral válido. Para isso, estabelece que eventual revisão da validade de ato administrativo (leia-se: ato, contrato, ajuste, processo ou norma) deverá considerar o entendimento consolidado à época de sua produção.

O dispositivo dá amparo legal à racionalidade que deve estar presente em procedimentos de revisão de ato administrativo: a invalidação do ato por mudança de orientação não torna ilegal a situação constituída na vigência da orientação anterior.

5.7 Da segurança aos agentes públicos

O art. 28 é uma cláusula geral para o erro administrativo, e segundo Binjenbojm e Cyrino (2018, p. 203), dirigida ao agente público com a finalidade de permitir a ele o desempenho de suas funções, além de objetivar o fornecimento da segurança jurídica, como uma forma de incentivos institucionais necessários à promoção da inovação e à atração de gestores capacitados. “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Já Marques Neto e Freitas (2018b) advogam que o artigo é um antídoto ao “apagão das canetas”, isto é, a paralisia da administração pública, em razão da autodefesa dos servidores que nada decidem com medo de responsabilização patrimonial, o que leva à inação do Estado⁸².

O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge nesse cenário. Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer assumir o risco do erro. Com efeito, o rigoroso sistema de controles administrativos, que nem sempre é suficiente para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 203).

⁸² Logicamente, como ensina Maximiliano (2017, p. 110) uma coisa é o trabalho do legislador e outra do intérprete da lei. "Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor".

De um lado, a responsabilização do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro tem o efeito de reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave. De outro lado, admitir a responsabilização por simples erro, salvo quando grosseiro, não faz sentido num regime jurídico que pretenda viabilizar soluções inovadoras e impedir que as carreiras públicas se tornem armadilhas para pessoas honestas, capazes e bem-intencionadas.

Pelo art. 28 o órgão julgante passa a ter o ônus de analisar a responsabilidade do gestor público na execução de sua atividade, averiguando se houve má fé, dolo ou erro grosseiro, abrindo caminho à impunidade e à redução da responsabilidade do administrador por ato de improbidade, afastando a ideia de responsabilização, por culpa *stricto sensu*, ou simples. O art. 28, de um lado restringe o *jus puniendi* do Estado que ficará adstrito ao campo de grave culpabilidade administrativa, pois se não houver prova do dolo ou de erro grosseiro, a responsabilidade do agente público estará afastada, mas por outro lado poderá contribuir para que o agente público evite que seu ato seja considerado doloso ou tido como decorrente de erro grosseiro. (DINIZ, 2018, p. 303).

De uma coisa não há dúvida, o conceito de agente público⁸³ deve ser igual ao da LIA (BRASIL, 1992), tendo em vista que visa a proteger o sujeito que toma decisões e poderá suportar uma ação de improbidade.

Sobre a expressão “erro grosseiro”, Mello (2012, p. 29) a define como uma zona de certeza positiva, “dentro da qual ninguém duvida do cabimento da aplicação da expressão que o designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada”. E continua,

Logo, as dúvidas só têm cabimento no intervalo entre as duas zonas, ou seja, na zona de incerteza. Isso significa que em inúmeros casos será induvidoso que uma situação se configure como erro grosseiro. Importante sublinhar que na delimitação de tal conceito vago e impreciso deve-se evitar um conteúdo dissonante daquele socialmente reconhecido. Em suma, o melhor conceito será aquele compreendido no campo delimitado de entendimento razoável, corrente, isto é, aquele que é normalmente captado pelos administradores. (MELLO, 2012, p. 30).

De extrema oportunidade é o tradicional conceito de Miranda (1958, p. 72), que define a culpa grosseira como “a culpa crassa, magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis”. Assim, o erro grosseiro está intrinsecamente ligado a um agir com desleixo, incúria, desmazelo, desprezo à coisa pública.

⁸³ Conceito amplamente explicado no Capítulo 3, no item 3.4.1.

Nos termos do art. 28 da LINDB (BRASIL, 2018a), o agente público deverá responder pessoalmente por suas decisões e opiniões técnicas se agir dolosamente ou cometer erro grosseiro (culpa grave), visto que tal conduta de má-fé traz sérias consequências para a sociedade. Todavia, segundo Diniz (2018, p. 303) essa responsabilidade subjetiva do agente público não exclui a responsabilidade objetiva do Estado por ato do seu agente, prevista no art. 37 § 6º da CF (BRASIL, 1988)⁸⁴.

Resguarda-se o administrador de boa-fé, que não poderá ser penalizado pessoalmente em caso de culpa comum, embora seu ato possa ser corrigido, permitindo que decida conforme sua avaliação técnica, mesmo que inove ou contrarie alguma opinião de órgão controlador, desde que fundamente sua decisão (Processo TCU/CONJUR: TC 012.028/2018-5)⁸⁵. O artigo tem inspiração para vedar o denominado 'crime de hermenêutica'⁸⁶, isto é, o sancionamento do agente público por oferecer opinião técnica divergente da tese adotada pelo controlador ou pelo Judiciário.

5.8 Considerações parciais

Passados mais de 30 anos da atual CF (BRASIL, 1988), as alterações da LINDB pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), trouxeram uma nova esperança sobre a estrutura e compreensão do sistema jurídico brasileiro, no sentido de assegurarem a segurança jurídica, a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Os novos artigos foram inseridos na LINDB (BRASIL, 2018a) com propósito de abranger a maior incidência possível (leis civis e administrativas) na República Federativa do Brasil e seus órgãos constitucionais, quer dizer, uma norma sobre normas nacional e geral de direito público.

Se bem aplicados, os novos dispositivos construirão um novo paradigma na segurança jurídica e na eficiência da gestão pública, principalmente por proporcionar um desempenho

⁸⁴ “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (BRASIL, 1988).

⁸⁵ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁸⁶ “Crime de hermenêutica, ‘a pessoa interpreta uma norma de forma equivocada e emite uma manifestação falsa. Predomina na doutrina que não comete crime de interpretação o magistrado ao interpretar mal a norma e decidir erroneamente (não cometeria falsidade ideológica - art. 299). No entanto, se o juiz dolosamente agir para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, poderá, em tese, realizar o crime de prevaricação (CP, art. 319). STF, HC 84492” (AZEVEDO; SALIM, 2017, p. 84).

mais qualificado dos órgãos de controle e retirar o medo do servidor público de tomar decisão e ser responsabilizado mesmo se de boa-fé e sem culpa.

O maior empecilho para efetividade dos novos artigos da LINDB (BRASIL, 2018a) é justamente os grandes problemas que afetam o Poder Judiciário e os órgãos de controle, isto é, excesso de processos e a morosidade.

Com a imposição da LINDB (BRASIL, 2018a) de exigir que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decreta a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas haverá necessidade do julgador analisar e compreender o sentido dos fatos da causa com base na avaliação das provas, e identificar a norma aplicável ao caso concreto, para então formar a sua convicção o que exigirá mais atenção e conhecimentos metajurídicos. Logicamente, isso implica em mais tempo e maior morosidade das decisões.

6 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO

Este capítulo contém uma coleção de dados e evidências empíricas para o diagnóstico do apequenamento dos gestores públicos, decorrente da interpretação dada à LIA (BRASIL, 1992), principalmente pelos órgãos de controle, sem intenção de fazer recomendações para o afrouxamento das políticas de combate à corrupção, em razão do acréscimo de novos artigos na LINDB (BRASIL, 2018a).

Ora, o ato de imputar crime de responsabilidade a servidores públicos pelo simples fato de tomarem decisões que contrariam o entendimento dos órgãos de controle, principalmente de membros do Ministério Público, desatende ao princípio da eficiência, não combate a corrupção, traz instabilidade política e econômica ao país e ameaça o Estado Social e Democrático de Direito do Brasil.

Essa situação gera dois males para o nosso regime democrático, quais sejam, a ineficiência e a corrupção e, conseqüentemente, o desperdício de recurso público, financeiro e humano, sendo uma consequência natural do intervencionismo excessivo do Direito Sancionador⁸⁷.

O Direito sancionador se situa entre o Direito penal e o Direito administrativo, ou seja, está fora do Direito penal e do Direito administrativo, mantendo com eles apenas alguns pontos de interconexão.

Não pode ser considerado como instituto do Direito penal porque não se permite a aplicação de pena privativa de liberdade e tais sanções não produzem os efeitos secundários das condenações (antecedentes criminais, reincidência etc.).

De outro modo, o Direito sancionador judicial não está na seara do Direito administrativo porque é realizado pelo Poder Judiciário e não por uma autoridade administrativa.

Entretanto, o Direito Sancionador Judicial, embora da competência do Poder Judiciário, não autoriza o uso da pena de prisão, permitindo apenas uma certa flexibilização das garantias do sistema de imputação, bem como a possibilidade de elaboração de acordos, de transação etc. (SANTOS, 2007, p. 2).

Logicamente, o combate a esses dois males deve ocorrer com a aplicação da LIA (BRASIL, 1992). Agora, a aplicação desmensurada da LIA resulta na esterilização do Poder

⁸⁷ O Direito Sancionador tem natureza sistêmica, englobando todo o gênero punitivo. Para Osório (2007, p. 102) é o “único e unitário poder punitivo do Estado”.

Executivo e no apagão da caneta⁸⁸ dos servidores públicos, e o resultado é um setor público extremamente ineficiente e um país desgovernado, em todos os níveis de poder.

O poder judiciário faz política quando se proclama como o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade. O juiz guardião dos direitos e o juiz que realiza objectivos moralmente justos representam hoje, com efeito, os arquétipos de ruptura relativamente ao modelo jacobino de juiz executor, passivamente fiel à vontade do legislador ('a boca que prenuncia as palavras da lei') ou de juiz declarativo, limitado a declarar mas nunca criar o direito. Nestes últimos modelos, a política é proibida aos juízes (e ao poder judiciário no seu conjunto). (CANOTILHO, 2007, p. 91).

Não custa lembrar, os servidores públicos no Brasil são pessoalmente responsáveis por todas as decisões tomadas e sofrem por todas as perdas ou prejuízos causados ao erário, isto é, a responsabilização recai sobre a pessoa física, e não sobre a Instituição que representam. Inclusive, há entendimento jurisprudencial das cortes superiores acerca da responsabilidade *per saltum*, isto é, a possibilidade de ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o servidor, quando o ato lesivo praticado por agente público for no exercício de suas funções.

Entendemos que o art. 37, § 6º, não tem carácter defensivo do funcionário perante terceiro. A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano. A seu turno, a parte final do § 6º do art. 37, que prevê o regresso do Estado contra o agente responsável, volta-se à proteção do patrimônio público, ou da pessoa de Direito Privado prestadora de serviço público (STF - Acórdão no Recurso Extraordinário 327.904-1/SP. Relator: Britto, Carlos. Publicado no DJ de 08-09-2016).

Ademais, a exacerbação de atribuições por parte dos órgãos de controle tem causado impactos negativos sobre as decisões públicas, uma vez que esse controle se preocupa mais em criar sistemas ou mecanismos de controle focados na aferição de cumprimento de exigências burocráticas ou formais do que direcionadas para o alcance concreto de resultado (MARQUES NETO, 2009, p. 226).

⁸⁸ Entende-se por apagão das canetas a criação tantos órgãos de controle pertencentes ao Direito Sancionador e a responsabilização pessoal do servidor público, que todos os servidores, como atribuição decisória, têm medo de tomar decisões, o que obstaculiza o desenvolvimento e a implantação de políticas públicas, visto que hoje ninguém quer se responsabilizar ou pôr sua assinatura em nada mais de consequências relevantes.

[...] a responsabilização e a punição dos servidores públicos fazem-se por meios internos e externos. Aqueles abrangem o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, com a garantia do contraditório e da ampla defesa; estes compreendem os processos judiciais, civis e criminais. Os meios internos, desenvolvem-se e se exaurem no âmbito da própria Administração; os meios externos ficam a cargo exclusivo do Poder Judiciário (MEIRELLES, 2018, p. 472).

A insegurança é tamanha para os servidores e o temor de responderem com seu patrimônio pessoal, em razão de uma decisão administrativa, ainda que de boa-fé, que gera estímulo à inação e torna os servidores demasiadamente precavidos, com incentivos a não decidirem, causando atrasos extensos.

A situação foi exacerbada pela interpretação da LIA (BRASIL, 1992), principalmente, pelos agentes do Ministério Público e por parte dos órgãos de fiscalização responsáveis pelo acompanhamento da execução financeira e orçamentária do governo. Suas ações têm paralisado a própria administração pública.

Veja o entendimento de ser possível haver a configuração de um ato de improbidade por um agente público honesto e que apesar do dolo de sua conduta agiu de boa-fé. Garcia e Alves (2017, p. 184) citam o exemplo de um prefeito que aplica verbas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB - em obras públicas.

[...] Prefeito Municipal que, em razão de sua origem humilde, valoriza o trabalho e a família e pouca importância dá ao estudo, o qual, aliás, jamais esteve ao seu alcance. Por ver na educação não mais que uma frívola vaidade, utiliza recursos vinculados, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007, para a construção de um monumento à família. A aplicação dos recursos em finalidade diversa da legal impossibilita a aquisição de merenda para as crianças e o pagamento dos docentes, que paralisam suas atividades. Por desconsiderar a prioridade absoluta de que gozam as crianças e os adolescentes (CR/1988, art. 227, caput), afrontar a ordem constitucional e infraconstitucional, bem como por realizar um ato nitidamente ineficiente, de pouca importância quando cotejado com o bem jurídico violado, afigura-se evidente a prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992: 'praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência'. Conquanto esteja evidenciada a vontade de descumprir a lei, não há propriamente má-fé ou desonestidade na conduta do agente público, o que em nada ameniza a extrema lesividade de sua conduta (GARCIA, 2018, p. 24).

Carneiro e Dipp (2017) chamam a atenção para o problema da banalização do conceito de improbidade administrativa e exageros na utilização do instituto da improbidade

administrativa, já que resultam em nuvens de incerteza e suspeitas de desonestidade sobre todos os atos administrativos. Essa situação não é só prejudicial à administração pública, como é prejudicial à própria Administração Pública ao perder o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos, em diferença às irregularidades sem gravidade.

Sobre a prejudicialidade da banalização do conceito, os mesmos autores continuam:

Improbidade administrativa é atualmente uma das expressões mais presentes no noticiário jurídico brasileiro. Agentes públicos são acusados de improbidade administrativa, políticos têm os seus registros de candidatura impugnados por improbidade administrativa, empresas que contratam com as administrações públicas são demandadas por improbidade administrativa. Mas o que é mesmo improbidade administrativa?

Improbidade significa desonestidade, má-fé, agir com objetivos espúrios. O conceito é amplo, mas tem contornos certos e limitados. Improbidade não é qualquer ilegalidade, como sempre lembrava o saudoso ministro Teori Zavascki. O problema é que, a partir dos conceitos abertos trazidos pela Lei 8.429/1992, como ‘ofensa aos princípios da administração Pública’ ou ‘qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida’, tem-se visto exageros na utilização do instituto da improbidade administrativa.

[...] A banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial à administração pública, por resultar em nuvens de incerteza e suspeitas de desonestidade sobre todos os atos administrativos. E também é prejudicial à própria sociedade, pois se perde o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos, em diferença às irregularidades sem gravidade. Improbidade não é qualquer ilegalidade. (CARNEIRO; DIPP, 2017).

A LINDB (BRASIL, 2018a), com a inserção dos novos artigos, em um só ato permitiu a positivação das melhores práticas do direito público contemporâneo e, se bem aplicada, constitui-se em um poderoso instrumento para aperfeiçoar a segurança e certeza jurídicas.

Na defesa dos novos artigos, Marques Neto (2018, p. 9) chegou a afirmar que se trata de um passaporte para o Estado de Direito e representa um amplo avanço no sentido de minimizar os desincentivos à tomada de decisão no setor público, sem alterar as atribuições constitucionais de cada uma das esferas da administração pública ou de seus controladores.

Em uma visão de completude, ou seja, percebendo o texto dos nove artigos (v.g., arts. 20 a 30) inseridos no Decreto-Lei nº 4.657/1942 pela Lei nº 13.655/2018, consegue-se compreender com clareza a teleologia da legislação, bem como seu objeto. Ainda que se percebam outros objetivos específicos, consegue-se notar pelo menos quatro parâmetros de onde parte a lei, e o que ela pretende:

- (a) Alcance de três esferas de destinatários de suas normas: administrativa, controladora e judicial;
- (b) Determinação de que as decisões proferidas nesses três âmbitos não somente levem em conta, mas que sejam determinantes:
 - (b1) as consequências reais da decisão;
 - (b2) os fatores reais que envolvem a mencionada decisão, bem como sua operacionalização no mundo real;

(c) Fixação de parâmetros objetivos de segurança jurídica, eficiência e participação do cidadão nas decisões exaradas especialmente na esfera administrativa

(d) Ampliação da relevância da motivação das condutas administrativas, em razão da elevação do ônus argumentativo que impôs às decisões relacionadas com a interpretação e revisão de condutas administrativas, suas consequências, as regras de transição e responsabilização de agentes públicos (MAFFINI; HEINEN, 2018, p. 252).

Assim, com mais clareza para as decisões públicas, ao exigir a explicitação das motivações de seus atos, assegura transparência e uma ampla avaliação dos impactos das decisões tomadas por agentes públicos. Além disso, reforça a punição de agentes públicos que passam a responder não somente por ilegalidades intencionais, mas também por aquelas cometidas por negligência, imperícia, imprudência ou erros grosseiros.

Ainda há espaço, entretanto, para melhorias na forma de aumentar a eficiência dos processos, protegendo funcionários públicos sem diminuir o papel de fiscalização dos órgãos de auditoria.

A partir da década de 1980, o Brasil tem investido também no desenvolvimento dos controles sobre as decisões públicas. Órgãos internos se fortaleceram, como a Controladoria Geral da União e as Corregedorias nos Estados e Municípios. Controladores externos, como os Tribunais de Contas, estão mais capacitados para intervir. É um movimento positivo. Mas ainda não chegamos ao fim do caminho. Os mecanismos atuais nem resolvem singelos conflitos de visão, nem evitam voluntarismos dos controladores. (PEREIRA, 2015).

Neste momento, destaca-se a importância do princípio da eficiência, princípio, como vimos, inserido na Constituição Federal (BRASIL, 1988), e para Meirelles (2018, p. 98) definido como sendo um dos deveres da Administração Pública.

Pode-se verificar que os princípios são padrões que devem pautar e fundamentar toda a conduta da AP. A eficiência administrativa, expressamente prevista na CRFB/88 como norma de imperatividade material, traduz, no Estado Democrático de Direito, um mandamento de otimização, pela AP, da satisfação das necessidades e interesses sociais, econômicos e culturais da coletividade. Entremeia o sistema jurídico com o valor da igualdade material, juridicizando, para a AP, a necessidade de otimização da aplicação dos meios e recursos para o melhor alcance e satisfação possível do bem comum. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 90).

Há diversas especificidades para se considerar na interpretação de qualquer princípio do ordenamento jurídico. Nessa lógica, os diversos aspectos inerentes ao princípio da eficiência administrativa precisam ser densificados. Para Mendes e Branco (2018, p. 898), assim como o

princípio da moralidade, “pode-se dizer que também compete ao intérprete buscar no texto constitucional elementos para densificar o princípio da eficiência”.

Muito esclarecedor para se entender o exato significado e correta interpretação do conceito do princípio da eficiência é o exemplo trabalhado por Alverga (2013, p. 218), que demonstra com o mesmo exemplo as várias facetas do princípio da eficiência:

Como exemplo concreto do conceito de eficiência, podemos mencionar o da construção de um hospital público em dois distritos diferentes de um mesmo município. Consideremos que o gestor público municipal, o prefeito, é auxiliado por dois gestores públicos distritais, cada um deles atuando num distrito diferente. Em princípio, consideraremos que os custos dos insumos são os mesmos. O produto seria o hospital construído funcionando. No distrito A, o hospital construído funcionando custou R\$ 300 mil, e no distrito B, onde o gestor público conseguiu obter alguns descontos com fornecedores de insumos, o mesmo hospital custou R\$ 280 mil. Desta forma, tem-se que o gestor público do distrito B foi mais eficiente do que o gestor público do distrito A, tendo em vista que o hospital do distrito B teve um custo de construção inferior ao do seu congênere do distrito A. Neste caso específico, a mensuração da eficiência diz respeito à minimização do custo, tendo em vista que o exemplo se refere à obtenção de um mesmo produto, qual seja, a construção de uma unidade de hospital público.

Tomando como base esse mesmo exemplo, e supondo que no plano plurianual e no orçamento anual do mencionado município foram previstas as construções dos dois hospitais, um em cada distrito, pode-se considerar que o gestor público municipal, o prefeito, foi eficaz, na medida em que os hospitais foram efetivamente construídos, ou seja, o que foi planejado foi executado conforme a previsão.

No caso da economicidade, a variável a ser considerada é unicamente o custo. Assim sendo, como o custo de produção do hospital no distrito B foi menor do que o do hospital no distrito A, o gestor público do distrito B foi mais econômico do que o seu congênere do distrito A.

Para analisar a questão da efetividade, que mede o impacto real da gestão pública na população da sociedade, suponhamos que o índice de mortalidade infantil no distrito A tenha sido reduzido em 10%, e que o percentual de redução da mortalidade infantil no distrito B tenha sido de 15%. Desta forma, temos que o gestor público distrital de B foi mais efetivo do que o gestor público distrital de A.

Batista Júnior (2012, p. 90) esclarece que o princípio da eficiência administrativa deve ser analisado sob dois aspectos distintos: o *stricto sensu* e o *lato sensu*. Aquele se conecta à busca de um ajustamento entre meios e fins, ou seja, a concretização de uma relação adequada e razoável entre os bens e serviços produzidos administrativamente e os recursos necessários para obtê-los; este se refere à orientação constitucional de persecução do bem comum e de síntese dos diversos interesses públicos, ou seja, diz respeito aos fins que devem ser perseguidos pelo Estado.

O princípio da eficiência administrativa, considerando sua dualidade meio/fim, em resumo, determina que incumbe à Administração Pública realizar a gestão de forma eficiente, almejando a eficácia e a efetividade do bem comum.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado como modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor resultado possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e pode também ser considerado em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados no desempenho de função ou atividade administrativa (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 8).

De início, ao ler o texto constitucional, costuma-se imputar o princípio da eficiência apenas às atividades do Poder Executivo, sem se observar que tal princípio se aplica a qualquer dos poderes do Estado desde que estejam a exercer a função administrativa.

Cada órgão de poder, todavia, pode atipicamente desempenhar atividades que originalmente deveriam ser de competência de outro centro de decisão.

Não poucas vezes, o Poder Legislativo exerce atividade administrativa, por exemplo, realizando leilão de veículos inservíveis para suas necessidades, bem como exerce atividade julgadora, como no caso do Senado, decidir a respeito de crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 52, I, da CF/88).

Também é comum exercícios de atividade administrativa pelo Poder Judiciário, ao realizar concurso público para provimento de cargos administrativos, ou legislar por meio de elaboração de regimentos internos dos seus órgãos colegiados.

Finalmente, poderá o Executivo legislar, por exemplo, por meio da elaboração de medidas provisórias (art. 62 da CF/88) ou efetuar ‘julgamentos’ em processo administrativo disciplinares (BITTENCOURT, 2007, p. 126).

Logo, é de clara compreensão que, de outro lado, há funções administrativas que não são praticadas pela Administração Pública, mas devem ser incluídas entre os atos administrativos, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica aplicável aos demais atos administrativos. Por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores Legislativos e do Judiciário praticados pelas autoridades desses poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas, Mello (2015, p. 380).

Assim, o referido princípio não deve ser observado apenas no resultado, sob pena de desconfigurar o próprio princípio. Deve ser presente em todos os atos da administração, bem como em todo processo da atividade administrativa.

6.1 A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, e o Ministério Público

Optou-se por separar o Ministério Público dos demais órgãos de controle, em razão da sua legitimidade para apresentação de ACP por ato de improbidade administrativa e, ao mesmo tempo, da persecução penal.

Como sabido, o Ministério Público foi constitucionalizado pelo art. 127 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) com múltiplas atribuições sintetizadas no artigo 129 da CF, que, grosso modo, consistem na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, competindo-lhe, dentre outras funções específicas, promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Art. 129.

São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (BRASIL, 1988).

Pois bem, questão que merece reflexão diz respeito à legitimidade/interesse na intervenção do Ministério Público em política pública e o risco à ingovernabilidade, ao argumento de ser o fiscal da lei, com a utilização, quase sempre, da ameaça de utilização da LIA (BRASIL, 1992), se descumprida sua “orientação”.

Ora, a utilização da recomendação administrativa⁸⁹ para intimidação virou uma prática nefasta e corriqueira, e transferiu para o Ministério Público o poder coativo de impor o que ele entende por políticas públicas, uma vez que descumpridas suas recomendações o servidor público é colocado em posição extremamente delicada, pois seu comportamento será considerado doloso, com reflexos no campo do Direito Penal, Direito Civil e de Improbidade Administrativa⁹⁰.

Praticamente, em toda recomendação administrativa consta que o seu não cumprimento levará ao ajuizamento das ações cíveis cabíveis, inclusive para responsabilização por infração ao art. 11, I, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992), sem prejuízo da adoção de outras providências pertinentes. Ora, no próprio *site* dos Ministérios Públicos, como por exemplo o do Paraná⁹¹, são disponibilizados modelos de recomendações administrativas com esse aviso.

[...] as recomendações não têm a mesma natureza das decisões judiciais, mas colocam o recomendado, isto é, o órgão ou entidade que as recebe, em posição de inegável ciência da ilegalidade de seu procedimento. Entregues as recomendações, prosseguindo o recomendado em sua atividade ou obra, caracteriza-se seu comportamento doloso, com reflexos no campo do Direito Penal ambiental. (MACHADO, 2005, p. 362).

Não se quer, com isso, questionar a recente decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que aprovou uma nova súmula⁹² que trata da legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa dos interesses dos consumidores, e sim demonstrar o abuso em sua utilização⁹³.

Essa imposição, de um lado, permite a alguns membros do Ministério Público o direito de interferir na governança e na gestão de recurso público. Do outro, os Poderes Constituídos, principalmente o Poder Executivo, têm suas atribuições constitucionais enfraquecidas, sobretudo a capacidade de ação da administração pública na execução de políticas necessárias para o desenvolvimento do país.

⁸⁹ Sua previsão legal está no art. 27, inciso I e parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625/1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - (BRASIL, 1993), que confere ao Ministério Público a faculdade de expedir recomendações aos poderes estaduais e municipais, visando a garantir o respeito aos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual e a melhoria dos serviços públicos e dos serviços de relevância pública.

⁹⁰ A doutrina e a jurisprudência que defendem que a improbidade administrativa tem natureza jurídica própria e autônoma, conforme consta demonstramos no item 3.2.

⁹¹ PARANÁ. Ministério Público do Paraná. Criança e Adolescente. Modelos: recomendações administrativas. Disponível em: www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1386.html. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁹² Súmula 601: O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviços públicos.

⁹³ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=S%DAMULA+601&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 jan. 2019.

Não que o Ministério Público não deva exercer seu controle de legalidade sobre as ações da administração; deve fazê-lo, porém, sem perder a disposição ao diálogo, à parceria, sem querer reivindicar justiceiramente um monopólio do espírito público que não lhe pertence. Não deve, com seu controle, inviabilizar escolhas políticas e bloquear sua execução, mas garantir qualidade e eficiência no processo e no resultado, dentro do marco legal existente. (ARAGÃO, 2012, p. 63).

Como ensinado por Hauriou (1927, p. 141), já há muito tempo, o regime administrativo consiste em um poder político-jurídico ao Poder Executivo que se introduz como intermediário entre a lei e o juiz, a fim de assumir a aplicação das leis em todos os procedimentos que não sejam contenciosos, com a finalidade de facilitar e, se for necessário, impor aos cidadãos a execução das leis por meio de uma regulamentação própria, pela organização dos serviços públicos e por decisões executórias particulares.

A CF (BRASIL, 1988) não deixa dúvida que é função do Poder Executivo, ao qual incumbe precipuamente a função administrativa, gerir os recursos públicos e executar as políticas públicas, além de determinar os segmentos estruturais do Estado e não dos membros do Ministério Público.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfrentamento acerca da aplicação da LIA (BRASIL, 1992) para os atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa, a partir da nova redação da LINDB (BRASIL, 2018a), é proposital para a mudança de paradigmas. Provavelmente, nunca no Brasil houve um combate tão efetivo à corrupção e ao mesmo tempo uma sociedade com tamanha conscientização política e social que não aceita mais um Estado extremamente ineficiente.

Ao mesmo tempo, o abuso na utilização da LIA (BRASIL, 1992) em nome do combate à corrupção, a ineficiência das políticas públicas, somado à tentativa de órgãos de controle de impor sua visão sobre a gestão pública, além do princípio da eficiência administrativa não possuir uma positividade jurídica objetiva, ocasionam a potencialidade a deixar instável o próprio Estado Social e Democrático de Direito do Brasil.

Já no início, no Capítulo 2, foi feita uma abordagem sobre a função dos princípios, principalmente dos princípios constitucionais que, nas palavras de Bonavides (2018, p. 265), "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição."

Essa construção foi essencial para entender o alcance do princípio constitucional da eficiência administrativa e para demonstrar que tem substância própria, bem como que se trata de um dever da administração, e conseqüentemente do servidor público, de usar a melhor opção na busca da solução que atende aos interesses da colegialidade, mesmo antes de sua inserção expressa na CF (BRASIL, 1988).

Os resultados da pesquisa sobre o princípio da eficiência administrativa demonstram que, para a Administração Pública, ele representa um dever de analisar e escolher dentre os diversos interesses públicos o mais eficiente na concretização do bem comum. Batista Júnior (2012, p. 83) ao referir-se ao princípio da eficiência administrativa sintetizou ser o "poder-dever de, diante dos mais variados interesses presentes, adotar, no caso concreto, dentro da margem discricionária aberta pela lei, aquela decisão mais eficiente para a persecução do bem comum".

Por fim, sobre o princípio da eficiência foram considerados seus critérios jurídicos que definem a eficiência administrativa e demonstrou-se que estes, por si só, não estão aptos a propiciar, ao administrador público, fundamentos determinantes e por isso devem-se utilizar concepções de outros ramos da ciência, tais como: administração, economia e ciência política.

Assim, para a aplicabilidade da LIA (BRASIL, 1992) e a configuração da improbidade administrativa nos atos que atentam contra os princípios da administração, por desrespeito ao

princípio da eficiência administrativa, é necessário que o ato esteja desvinculado da satisfação do bem comum e não tenha observado todos os meios legais e morais.

Por isso, não se localizou nenhuma condenação pela LIA (BRASIL, 1992) com fundamento único e exclusivo no princípio da eficiência administrativa, provavelmente seja inexistente, uma vez que mesmo depois de inúmeras horas de pesquisas na jurisprudência dos Tribunais, tanto da justiça comum, como na especializada e nos órgãos de controle, leia-se Tribunal de Contas, nada foi encontrado.

Claro que isso não afasta a insegurança jurídica, pelo contrário, causa nos agentes públicos um temor exagerado, pois qualquer decisão administrativa com poder decisório, ainda que de boa-fé, pode levar à condenação por improbidade administrativa.

Diante disso, a LIA (BRASIL, 1992) não pode ser utilizada pelos órgãos de controle, mesmo com a complacência do Poder Judiciário, para impor sua visão sobre políticas públicas ao fundamento de infringência ao princípio da eficiência administrativa, pois fere a CF (BRASIL, 1988), precipuamente no princípio da separação dos Poderes, entendido como a vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado.

A intervenção em programas e ações do Poder Executivo, seja para implementá-las ou para corrigi-las quando os órgãos de controle as entenderem erradas, com a ameaça da utilização da LIA (BRASIL, 1992), somente irá desmoralizar e banalizar uma das mais importantes conquistas da sociedade no combate à corrupção, além de não contribuir na erradicação da ineficiência do Estado e ferir os próprios objetivos fundamentais do Estado.

Empregar sem controle a LIA (BRASIL, 1992), ou a simples ameaça de sua utilização, ou, até mesmo, as outras modalidades de ações - coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais - sem limite, desrespeita o princípio da razoabilidade, causa ineficácia na decisão do agente público e não observa a reserva do possível, pois é consabido que os recursos orçamentários são infinitamente menores que as demandas estatais.

Ora, a CF (BRASIL, 1988) foi clara em estabelecer a competência e atribuição para implementação das políticas públicas e da gestão dos recursos. Cabe ao Poder Legislativo e ao Executivo a elaboração e gerenciamento do orçamento público, e decisões judiciais, ou imposição de órgãos de controle, podem infringir o próprio princípio da eficiência administrativa na medida em que exigem a aplicação de recursos financeiros a situações que não haviam sido previstas no orçamento.

A alteração da LINDB (BRASIL, 2018a) com a inclusão de dispositivos sobre a segurança jurídica, eficiência na criação e na aplicação do direito público vieram para sanar, ou

pelo menos amenizar esse inconveniente, com um novo enquadramento dogmático no controle do princípio da eficiência administrativa.

Os novos artigos inseridos na LINDB (BRASIL, 2018a), como orientação geral, visaram à segurança jurídica para matérias de direito público, constituindo-se como uma tentativa de solidificar e melhorar as decisões dos órgãos de controle, e, ao mesmo tempo, proteger as pessoas, organizações e servidores contra incertezas, riscos e custos injustos.

Para uma maior segurança jurídica, a LINDB (BRASIL, 2018a) visou à eficiência na aplicação do direito público e foi uma tentativa de paralisar as distorções na atividade controladora, isto é, trouxe diretrizes às autoridades administrativas.

Nas palavras de Marques Neto (2018, p. 34), houve a consagração de novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas, e a imposição ao Poder Público que na aplicação das leis estas sejam submetidas a novas balizas interpretativas, processuais e de controle.

Enfim, com a alteração da LINDB (BRASIL, 2018a), não houve comutação na aplicabilidade da LIA (BRASIL, 1992) para os atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa, malgrado ser imprescindível a fundamentação em todas as esferas controladoras, inclusive judicial, das consequências práticas da decisão e ser vedada sua motivação apenas em valores jurídicos abstratos.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 18. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVERGA, Carlos Frederico Rubino Polari de. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3739, 26 set. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25399>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 6, 2011.
- ARAGÃO, E. J. G. O Ministério Público na encruzilhada: parceiro entre sociedade e Estado ou adversário implacável da governabilidade? In: LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha; NEVES, Mariana Barboza Baeta. **Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018,
- AZEVEDO, Marcelo André; SALIM, Alexandre. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 23, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BELTRÃO, Hélio. **Desburocratização e Liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 1984.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: o acaso anunciado? **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.03.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Marcos Vinicius Correa. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Fórum, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Comunità, 1977.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. 1998a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. 2003. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Casa Civil. **Lei complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016**. Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que "dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências". 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2016/leicomplementar-157-29-dezembro-2016-784155-veto-151768-pl.html>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Casa Civil. **Lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. 1998b. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005.** Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.** Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. 2010. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro 2011.** Regula o acesso a informações. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 13.460, de 26 de julho de 2017.** Regula a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13460.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 13.726, de 08 de outubro de 2018.** Racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação. 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113726.htm. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro 1990.** Racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 8.159, de 08 de janeiro 1991**. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8159.htm. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Mensagem nº 886 ao Congresso Nacional, abertura da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 50ª Legislatura**. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, 1995. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/mensagem-ao-congresso-nacional/mensagem-ao-congresso-nacional-1995-fernando-henrique-cardoso/@_@download/file/1995%20-%20Fernando%20Henrique%20Cardoso%20-%20Mensagem%20ao%20Congresso%20Nacional%20Fernando.pdf. Acesso em: 28 jun. 2018.

BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958.

BULOS, Uadi Lammego. Forma Administrativa (primeiras impressões). **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 69-98, out./dez. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47267/45372>. Acesso em: 29 jul. 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, p. 113-134, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77652/74315>. Acesso em: 10 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 245, p. 87-95, mai. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>. Acesso em: 06 Mai. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARNEIRO, Rafael Araripe; DIPP, Gilson. Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos. **Correio Braziliense**, Brasília, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do Estado e da Constituição**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CNJ. Entenda os conceitos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e corrupção. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa-crimes-contra-a-administracao-publica-e-corrupcao>. Acesso em: 25 ago. 2018

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Agentes Públicos e Agentes Políticos**. Disponível em: www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/agentes-publicos-e-agentes-politicosAcesso em: 04 set. 2018.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DANTAS, Bruno. O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 6 jan. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em: 20 jan. 2018.

DELGADO, José Augusto. O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, n. 100, maio 1992. Disponível: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062610.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Giampaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A probidade na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, ago. 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019.

GARCIA, Emerson. Improbidade é sinônimo de desonestidade? In: **Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília: MPF, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf. Acesso em: 1 abr. 2018

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB**. São Paulo: Atlas, 2012.

GUNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2010.

HAURIUO, Maurice. **Derecho público y constitucional**. 2. ed. Madri: Reus, 1927.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/74313>. Acesso em: 09 mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 08 mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura del derecho**. Tradução de Roberto José Vernengo. Ciudad de México: UNAM, 1979.

KEMP, Lima, J. **A improbidade administrativa frente os princípios constitucionais da administração pública e sua efetividade perante a esfera eleitoral**. Revista Paradigma, 2015. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/308>. Acesso em 08 jul. 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gukbenkian, 1997.

LOPES, Maurício Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77683/74646>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MARMELSTEIN, George. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais. **Revista do IEEE América Latina**, v. 5, p. 313-333, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651>. Acesso em: 09 mar. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade. **Boletim de Licitações e Contratos**, v. 10, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véra. A nova LINDB e o consequentialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 2018a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequentialismo-juridico>. Acesso em: 09 mar. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véra. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. **Consultor Jurídico**, 2018b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em: 09 mar. 2019.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. Malheiros Editores, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonete. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>. Acesso em: 09 mar. 2019.

MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa: pragmatismo. Disponível em: michaelis.uol.com.br/busca?id=ZNp7M. Acesso em: 08 mar. 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 243, p. 13-28, 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42538/41302>. Acesso em: 08 ago. 2018.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 71-93, jul./set. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47557/45185>. Acesso em: 06 out. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Caio Vinícius Carvalho. As diferenças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e sua correta aplicação em nosso ordenamento jurídico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3337, ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22438>. Acesso em: 06 out. 2018.

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

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. Criança e Adolescente. Modelos: recomendações administrativas. Disponível em: www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1386.html. Acesso em: 14 abr. 2019.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível: <http://anastasia.com.br/seguranca-juridica-e-qualidade-das-decisoes-publicas/>. Acesso em: 14 abr. 2019.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTR, 2003.

SANTOS, Carlos Frederico Brito. **Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**, II. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo. 1986.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

TRIGUEIRO, Oswaldo. Os poderes do Presidente da República. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, p. 118-135, 1954. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/559/526>. Acesso em: 28 jun. 2018.

VALIM, Rafael. **O Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VENOSA, Silva de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma Teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo, Saraiva, 2002.

ALESSI, Renato. **Sistema Istitucionale del Diritto Amministrativo italiano**. Milano: Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1953.

ANIBAL JUNIOR, Vanderlei; FONSECA, Sergio Roxo. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1287, jan. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9372>. Acesso em: 15 set. 2018.

ARNAUD, Andre-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O Estado Democrático de Direito Pós-Providência Brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 98, p. 119-158, 2009.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; COSTA, João Leonardo Silva. O princípio da moralidade no Direito Administrativo Tributário. **Revista ABRADT Fórum de Direito Tributário**, v. 1, p. 79-102, 2017.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. Do Federalismo de Cooperação ao Federalismo Canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. **Revista De Informação Legislativa**, v. 55, p. 157-180, 2018.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L12016.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965**. Racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação. 1965b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e dá outras providências. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria -Geral da União. **Manual de responsabilização administrativa de pessoa jurídica**. Brasília: CGU, 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-177anticorruptao>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Ministério de Justiça. CADE. **Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Brasília/DF: CADE, 2017b. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 02 fev. 2018.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1964.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO, Paulo Paulwok Maia. As sanções por improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5128, 16 jul. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58977>. Acesso em: 17 fev. 2018.

COELHO, Nuno M. M. S. **Fundamentos filosóficos da interpretação do direito: o romantismo**. São Paulo: Rideel, 2012.

COELHO, Nuno M. M. S. Prudência e equidade. In: NOJIRI, Sérgio; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo (Org.). **Ética nas relações jurisdicionais**. Ribeirão Preto: IELD, 2014.

COELHO, Yuri Carneiro. Sistema e Princípios Constitucionais Tributários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1282/sistema-e-principios-constitucionais-tributarios>. Acesso em: 31 mar. 2018.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. **Constituição Federal Interpretada pelo STF**. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

DI PIETRO, Estevam. Breves considerações acerca do Direito Administrativo Sancionatório Português. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 19, n. 3, p. 153-171, set./dez., 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Artigos 20 a 30 da LINDB como Novos Paradigmas Hermenêuticos do Direito Público, voltados à Segurança Jurídica e à Eficiência Administrativa. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 2, p. 305-318, ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>. Acesso em: 19 mar. 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: o Homem delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FAYOL, **Administração Industrial e Geral**. Tradução de Irene de Bojano e Mário de Souza. 10. ed. São Paulo Atlas, 1994.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, Sérgio. Uma nova administração pública. In: SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTR, 2003.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Estudo jurídico sobre a natureza da PARAPREVIDÊNCIA. **Revista de Previdência Funcional**, ano I, 2001.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade Administrativa: Dolo e Culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**: uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Político. Barueri: Manole, 2003.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Magistratura. Salvador: Juspodivm, 2015.

GALANTE, Marcelo, **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. 1 v.

GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal**. Florianópolis: Habitus, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>. Acesso em: 31 mar. 2018.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 151-161, jul. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47421>. Acesso em: 17 jan. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria general del derecho y del Estado**. Tradução de Luíz Legaz y Lacambra. 2. ed. Ciudad de México: UNAM, 1995.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do "impeachment" e conformação da figura da improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**, v. 81, n. 685, 1992.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista Interesse Público, São Paulo, v. 7, jul./set., 2000.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**. 2011. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>. Acesso em: 06 out. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Princípio da eficiência e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; SANTOS, William Douglas Resinente. **Direito Constitucional**: Teoria, Jurisprudência e 1000 Questões. 16. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

OLIVEIRA, Fernando Andrade. A atividade administrativa do estado: administração Pública e Governo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 17, dez. 1974. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8774>. Acesso em: 09 abr. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio: a Hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PALAZZO, José Luis; SESÍN, Domingo Juan; ROLÓN, Victor Armando. **La transformación del Estado**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1999.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

REMEDIO, J., e BUONAMICI, S. **Corrupção Administrativa: Histórico, efeitos danosos e combate por meio de instrumentos de tutela coletiva**. Revista Paradigma, 2017. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/854>. Acesso em: 09 abr. 2019.

ROQUE, Miguel Prata. O Direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo: a pretexto de alguma jurisprudência constitucional. **Revista de Concorrência e Regulação**, ano 4, n. 14, set. 2013.

SANTOS, Washington. **Dicionário jurídico brasileiro**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SILVA, Arnaldo Justino da. Improbidade administrativa praticada pelos agentes políticos: competência para o processo e julgamento após a reclamação 2.138, em curso perante o STF. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 65, p. 22, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões e terceirizações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 11 fev. 2013.

TALOR, Frederick Winslow. **Princípios de Administração Científica**. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. **La reforma constitucional y la administración pública**. Relatório en las Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Santa Fé, Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional dei Litoral, 1974.

VENOSA, Silva de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. São Paulo: RT, 2006.