

O ILÍCITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: DEFININDO CONTORNOS DE GARANTIA DA ORDEM JURÍDICA

Denise Luz

Doutoranda em Ciências Criminais (PUCRS)
Mestre em Ciências Criminais (PUCRS)
Especialista em Direito do Estado (UFRGS)
Advogada

RESUMO:

O presente trabalho objetiva definir os contornos (limites e requisitos) do princípio da *moralidade administrativa* para fins de configuração do ilícito de *improbidade administrativa* previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. Para tanto, expõe-se um breve histórico do tratamento jurídico dado à *improbidade administrativa* no Direito Brasileiro, ressaltando as principais alterações introduzidas pela Constituição de 1988. Posteriormente, apresenta-se a definição do ilícito de *improbidade administrativa* para compreender a norma do art. 37, § 4º, da Constituição e definir standards interpretativos de suas espécies previstas na legislação ordinária. Avalia-se o *princípio da moralidade administrativa* e sua necessária compatibilização com o *princípio da legalidade*, com base em critérios hermenêuticos definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conclui-se que o *princípio da moralidade administrativa* possui conteúdo próprio para definição do bem jurídico protegido pela Constituição e pela Lei 8.429/92, mas não possui conteúdo autônomo para definição da hipótese de incidência do art. 11 da mesma Lei. Para o objetivo de identificar os requisitos de configuração do ilícito do art. 11, a autonomia do *princípio da moralidade* está em sua funcionalidade para garantia da legalidade, da qual não pode prescindir, mas não em seu conteúdo.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Moralidade Administrativa. Legalidade. Bem jurídico. Elemento do Tipo.

THE ACT OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT THROUGH VIOLATING THE PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE MORALITY: OUTLINING THE GUARANTEES OF THE LEGAL ORDER

ABSTRACT:

This paper aims to define the outline (limits and requirements) of the principle of *administrative morality* in order to describe the act of *administrative misconduct* included in article 11 of Law 8.429/92. For this purpose, it includes a brief history of the legal treatment

given to administrative misconduct in Brazilian Law, highlighting the main changes introduced by the Constitution of 1988. Next, a definition of the act of administrative misconduct is presented, in order to understand the norm in article 37, 4th § in the Constitution and define the interpretive standards of its kind included in the ordinary legislation. There is an evaluation of the principle of *administrative morality* and its necessary compatibility with the *principle of legality*, based on hermeneutical criteria defined by the Inter-American Court of Human Rights. We can conclude that the *principle of administrative morality* has its own content for defining the legal interest protected by the Constitution and Law 8.429/92, but does not have the autonomous content it needs to define the taxable event in article 11 of the same Law. In order to identify the requirements for the act in article 11, the autonomy of the *principle of morality* is meant to guarantee legality, which it cannot do without, though it is not included in its content.

Keywords: Administrative Misconduct. Administrative Morality. Legality. Legal interest. Type of Offence.

1 BREVE HISTÓRICO DO ILÍCITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

O ilícito de improbidade administrativa está historicamente associado a alguma forma de *corrupção* no trato da coisa pública, à *desonestidade* por parte do agente contra o Estado, a crimes de *lesa-majestade*. Em matéria constitucional, até 1988, o ilícito de improbidade administrativa foi tratado no âmbito penal, como crime de responsabilidade, ou seja, como um ilícito de natureza político-penal.

Com o advento da atual Constituição, passou a ser tratado como ilícito *extrapenal*, julgado pelo Poder Judiciário e processado na esfera cível, mas manteve-se atrelado à ideia de *desonestidade grave* no trato da coisa pública (art. 37, § 4º). Note-se que a Constituição de 1988 não foi o berço da sanção por improbidade administrativa, no sentido de medida *extrapenal*. A previsão da improbidade, para além do direito penal, nasceu com o primeiro Ato Institucional (1964) que derrubou a Constituição de 1946 e instaurou um regime de exceção. A originalidade da Constituição de 1988 está em ter conferido o processamento e julgamento de tais ilícitos ao Poder Judiciário, ao passo que o regime anterior atribuía tal competência Poder Executivo.¹

Na Constituição vigente, há também previsão quanto à prática de ato ímprobo no artigo 85, V, da Constituição, mas este trata de modalidade específica de improbidade que tipifica *crime de responsabilidade* praticada pelo presidente da República e por agentes

estatais de alto escalão (art. 103, C). Nesse caso, manteve-se a tradição constitucional brasileira de tratar o ato de improbidade na seara político-penal como crime de responsabilidade, diferente dos crimes comuns e distinto do ilícito previsto no artigo 37, § 4º, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 2.138/DF.²

Este trabalho foca-se na improbidade administrativa do art. 37, § 4º, que identifica um bem jurídico constitucional a ser protegido pelo legislador, mas não um *elemento normativo do tipo*.³ A definição do “tipo” de improbidade prevista no artigo 37, § 4º, ficou sujeita à discricionariedade do legislador.

Sobreveio, então, a Lei 8.429/92 estabelecendo três formas de improbidade administrativa nos art. 9º (enriquecimento ilícito), art. 10 (dano ao erário) e art. 11 (violação de princípios da Administração Pública). A partir de, então, os ilícitos de improbidade administrativa do art. 37, §4º, passaram a contar com previsão legal das condutas puníveis e das sanções aplicáveis.

No que interessa especificamente para este trabalho, o art. 11, *caput*, da referida Lei definiu que “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: (...)” Violações ao princípio da *moralidade administrativa* (art. 37, *caput*, da Constituição) são enquadradas nesse dispositivo legal e punidas nos termos do art. 12, III, da mesma Lei.

Como se vê, o art. 11 da Lei 8.429/92 possui grande amplitude e abertura, com hipóteses exemplificativas e sem definição específica de quais atos são considerados ilícitos e puníveis como improbidade administrativa. Assim, quem analisar esse texto legal isoladamente, desconectado do conjunto do ordenamento jurídico brasileiro e das normas e acordos internacionais dos quais o Brasil tomou parte, pode entender que o conteúdo do ilícito possa ser definido de modo casuístico por regras, exclusivamente, de caráter deontológico e axiológico. Ocorre que normas desse tipo são próprias dos ilícitos políticos, sujeitos a julgamentos também políticos e não servem, por si, para fundamentar julgamentos de caráter essencialmente jurídicos proferidos pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, importa definir os contornos do ilícito de improbidade administrativa por violação do princípio da moralidade administrativa (art. 11 da Lei 8.429/92 c/c art. 37, *caput* e § 4º da Constituição) a fim de viabilizar que julgamentos de caráter jurisdicional, não políticos, possam ser realizados com imparcialidade e com as demais garantias irrenunciáveis em um Estado democrático como o da legalidade e da segurança jurídica. É o que este trabalho pretende.

2 A DEFINIÇÃO DO ILÍCITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Pode-se afirmar, em termos gerais, que a doutrina define *improbidade administrativa* como uma forma de manifestação da *imoralidade administrativa*.

Aristides Junqueira Alvarenga expõe que o objetivo da determinação constitucional é proteger a probidade, combatendo o seu oposto que é a *corrupção*.⁴

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior consideram que a improbidade administrativa “é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa”.⁵ *O comportamento desonesto é o atributo que diferencia a improbidade da imoralidade, sendo aquela espécie da qual esta é gênero*.⁶

Maria Silvia Di Pietro afirma que “não é fácil estabelecer distinção entre *moralidade administrativa* e *probidade administrativa*. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de *honestidade* na Administração Pública.”⁷

Todo ato ímprobo violaria a moralidade administrativa, mas nem toda imoralidade administrativa configuraria ato ímprobo. Muito se diz que a improbidade configura uma *imoralidade qualificada*, que se distinguiria da moral comum e consistiria em uma *moral jurídica*.

Nesse aspecto, concorda-se com Hugo Nigro Mazzilli quando diz que falar em *moralidade jurídica* é “uma *contradictio in terminis*, porque, embora tenham pontos em comum na valoração da norma *agendi*, direito e moral não se confundem.”⁸

Não se está dizendo que direito e moral nunca se comunicam, mas que não se admite uma moral no interior do Ordenamento Jurídico. Isso não descarta a abertura do direito à moral para lhe dar significado, para lhe atribuir sentido. E é somente nessa abertura que pode ser entendida a expressão *moral jurídica*. É nela que reside a *funcionalidade* do princípio da moralidade administrativa. O que se deve ter claro é que direito e moral são ordens distintas que podem se comunicar, mas não se equivaler.

Pode-se dizer que o bem da vida protegido pelo art. 37, § 4º, da Constituição e pela Lei 8.429/92 é a *probidade administrativa*, entendida como *moralidade administrativa*. Esse é o bem jurídico protegido, tanto pelo art. 11, como pelos 9º e 10. Isso significa que para configurar o ilícito de improbidade administrativa dos arts. 9º e 10 não basta haver enriquecimento ilícito ou dano ao erário, é preciso que, além disso, seja agredido o bem

jurídico protegido *moralidade administrativa* no sentido de honestidade como oposto à corrupção administrativa (em sentido lato).

Ocorre que o art. 11 prevê uma forma específica de configuração do ilícito de improbidade como imoralidade, para além do bem jurídico protegido. Isso significa que, nesse caso, a imoralidade administrativa seria tanto o bem jurídico protegido como o elemento normativo do tipo - a hipótese de incidência do ilícito. Nesse caso, em tese, poderia ocorrer o ilícito unicamente por violação da moralidade administrativa, independente de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Quando a moralidade administrativa é o bem jurídico protegido pela Lei, não há dificuldades maiores para sua compreensão. O problema passa a ser quando a imoralidade passa a ser elemento legal definidor do ilícito ou “elemento do tipo” - para usar linguagem do direito penal por analogia, porque permitiria julgamentos de cunho político em um espaço em que isso não pode ser admitido.

O ilícito de improbidade administrativa não pode ser equiparado a qualquer outro ilícito menor, como os de natureza puramente cível, tampouco equiparado à moralidade geral. Trata-se de ilícito grave, com consequências graves e, por isso, possui requisitos de imputação mais rígidos que os exigidos para os ilícitos cíveis em geral, embora não seja objeto do direito penal.

O próprio STF, no julgamento da Reclamação 2138, reconheceu que a simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública – como prevê o art. 12 da Lei 8.429/92, isoladamente considerada, seria suficiente para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma "ação civil" de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos.

Isso evidencia que, mesmo que tratados como *não penal*, o ilícito e a sanção de improbidade administrativa foram previstos na Constituição para fins sancionadores. A gravidade do ilícito e, sobretudo, das sanções (muitas coincidentes com as previstas no art. 5º, XLVI, da CF) exige que o acusado detenha garantias, materiais e processuais de defesa compatíveis com as acusações que lhe são feitas e com o grau de severidade que é permitido ao Estado suprimir-lhe liberdades.⁹

Em síntese, o principal problema do art. 11 da Lei 8.429/92 está definição dos contornos do princípio da moralidade para configurar improbidade. Se a improbidade pode ser definida como uma espécie de imoralidade administrativa, é preciso definir esta - saber como se identifica sua ocorrência e quais os limites do poder punitivo do Estado.

O primeiro limitador racional da atuação estatal contra a liberdade individual é a lei. O que é essencial é que o princípio da moralidade seja aplicado em harmonia com o da

legalidade e que não dispense este, ainda que não seja a ele reduzido. É o princípio da legalidade que garante segurança jurídica e a transparência no trato da Administração Pública e governos com os destinatários de suas decisões.

O texto do art. 11, caput, da Lei 8.429/92 é bastante amplo, não prevendo especificamente quais as condutas são proibidas e puníveis. Sua utilização para punir atos que violem a moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF) desperta especial atenção e preocupação para que seja limitado o âmbito de aplicação desse dispositivo e que sejam estabelecidos requisitos de imputação passíveis de controle público e intersubjetivo das decisões.

Apesar da grande abertura do texto, o ilícito está previsto em lei vigente, aprovada pelo parlamento, mediante procedimento legislativo adequado. Há, portanto, observância do princípio da legalidade sob seus aspectos formais. Ocorre que ele possui também aspectos materiais que vêm a ser a *definição prévia, suficiente e clara* da conduta punível. A descrição *insuficiente* do que é proibido não respeita o princípio da legalidade, porque não serve para o fim a que este se destina, ao contrário presta-se para imunizar arbitrariedades de toda ordem.

3 O ART. 11 DA LEI 8.429/92 E O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição (art. 37, § 4º) foi bem clara ao definir que os atos de improbidade administrativa seriam previstos em lei, outorgando, portanto ao legislador ordinário a tarefa de definir os ilícitos e as sanções: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

A Lei 8.429/92 vem a dar concretude ao dispositivo constitucional em questão, mas o fez em aparente desprestígio ao art. 5º, II, também da Constituição que prevê o princípio da legalidade – “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

De acordo com o *caput* do art. 5º, a liberdade (em sentido amplo, incluindo liberdades políticas) dos cidadãos é a regra – “... 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...” – e a restrição dessas liberdades é a exceção que deve estar *suficientemente* prevista em lei.

A Lei 8.429/92 estabeleceu “tipos” extremamente genéricos, sobretudo, no art. 11. A descrição do ilícito é tão ampla que permite que a definição de seus contornos mínimos seja feita somente quando da sentença condenatória, o que atenta contra o Estado de Direito, regido por fundamentos axiomáticos de segurança jurídica e confiança do cidadão no Estado. A *insuficiência* da descrição legislativa contida nesse artigo é tão grande que não permite aos destinatários da norma adequarem seu comportamento aos ditames legais com antecedência, de modo que a lei não cumpre o papel a que serve. Não se está defendendo que a descrição da conduta dos ilícitos de improbidade precise ser tão analítica quanto para os ilícitos penais, mas que possua o mínimo de conteúdo capaz de garantir funcionalidade ao princípio da legalidade: prevenção geral, segurança jurídica e contenção da arbitrariedade.

A veracidade da afirmação acima é facilmente constatada ao se tentar responder às seguintes perguntas: 1) Quais os limites materiais dos artigos 11 da Lei 8.429? 2) Quais seus limites de conteúdo? 3) quais as barreiras de contenção do *jus puniendi*?

As respostas não são fáceis de serem encontradas com nitidez.

Isso porque “os tipos previstos na Lei de Improbidade Administrativa são demasiadamente abertos, abarcando um número infindável de condutas, sem limite material”¹⁰ Essa ausência de limites ao *jus puniendi* viola o princípio da *segurança jurídica*.

Isso ocorre, porque *não há definição suficiente do ilícito* para guiar a conduta daqueles que podem cair nas suas malhas. A forma ampla com que a lei descreve os ilícitos permite que a definição específica de determinado ilícito ocorra somente quando da sentença condenatória, o que é inaceitável.

E não se pode invocar a legitimidade disso simplesmente por haver previsão em lei formal *stricto sensu*. A primeira manifestação do princípio da legalidade no direito sancionador foi no sentido de se exigir lei prévia ao cometimento do ilícito. A anterioridade da lei objetiva que o cidadão saiba como pode se comportar e se baseia na “confiança de que no se le iba a castigar por una conducta que de antemano no estuviere calificada de reprochable”.¹¹

Com o passar do tempo, essa conquista de que o ilícito e a sanção estivessem previamente previstos em lei não se mostrou mais suficiente. Esse foi só o primeiro passo, ou a primeira dimensão da legalidade, na sua forma mais rudimentar e básica. Após esse primeira fase, foram surgindo novas exigências que passaram a compor o *conteúdo do princípio da legalidade*, dentre elas está a *clareza* e a *certeza* da regra.

Por un lado, se impone que la *lex previa* sea también *lex certa* en el sentido de precisa. La precisión normativa es un paso más en el recorte de

faculdades a que se estaba sometiendo a las autoridades sancionadoras. Porque si con la ley previa se les había cercenado la facultad de crear infracciones y sanciones, con la ley cierta se trataba de evitar, además, que pudiesen operar con excesivo margen personal en la aplicación de la norma ya que cuanto más precisa es una ley, de menos margen disponen el intérprete y el operador jurídico.¹²

Nas Palavras de Alejandro Nieto, uma vez aberto caminho para que a decisão do ilícito seja tomada no caso concreto, sem definição certa – transparente - em lei prévia, resulta impossível evitar que por ele transite tanto razoável, o tolerável, quanto o não razoável, o intolerável: “a la experiencia me remito”.¹³

Isso significa que mesmo que retoricamente se possa arguir que os limites decisórios são colocados por critérios de *razoabilidade*, o cidadão em geral resta descoberto de proteção mínima contra o *jus puniendi*, já que o sistema permite a criação de regras punitivas *ad hoc*. Não importa se há ou não decisão arbitrária no caso concreto do ponto de vista jurídico-democrático, pois o simples fato de o sistema permitir que isso ocorra já demanda que sejam adotadas as medidas necessárias para corrigir-lhe.

O princípio da legalidade no direito sancionador exige *lei prévia de conteúdo certo*. A falta de mínima certeza no conteúdo da lei não permite considerá-la de acordo com o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF e art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos). O Estado deve ser *transparente* com seus cidadãos. Isso inclui também manter seus cidadãos informados de forma clara sobre o que a lei lhes permite e o que lhes proíbe. “Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade”.¹⁴

Em nosso entender, as definições do art. 11, na prática, não estão só admitindo tipificação aberta ou indireta ou por *conceitos jurídicos indeterminados*, elas estão, “prescindindo da legalidade” tal como construída historicamente, não só como dogma do Direito, mas também de qualquer Estado democrático.

A atividade sancionadora da Lei 8.429/92 não pode ser equiparada a uma atividade estatal meramente interventora para a qual basta a *legalidade habilitante* do agir da Administração Pública, ou seja, a legalidade que autoriza a administração pública a agir. A *legalidade habilitante* é assim, porque o legislador não conseguirá prever antecipadamente todas as situações que o administrador terá de enfrentar no futuro para atender ao interesse público. No entanto, a legalidade sancionadora é mais restrita. Aquela impõe um limite positivo ao Estado. Esta um limite negativo.

Para preservação do Estado democrático de Direito é necessário admitir que sem a lei, nem a doutrina, nem a jurisprudência têm condições de definir os limites e hipóteses de

ocorrência do ilícito. Isso precisa ser feito por lei clara, transparente com o destinatário, o que o texto do art. 11 da Lei 8.429/92 não é.

O princípio da legalidade não é mero ornamento no sistema jurídico, mas um mandado constitucional e convencional expresso com a função de estabelecer limites ao arbítrio. Está-se diante de um caso de *insuficiencia* normativa para restrição de direito fundamental, como desenhado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

3.1 Os Standards Mínimos do Princípio da Legalidade na Jurisprudência da CIDH

A Corte Interamericana de Derechos Humanos decidiu, no *Caso Canesse Vs. Paraguai*, que o princípio da legalidade é exigido para qualquer ramo do direito administrativo sancionador.

Asimismo, este Tribunal ha interpretado que los principios de legalidad y de irretroactividad de la norma desfavorable son aplicables no sólo al ámbito penal, sino que, además, su alcance se extiende a la materia sancionatoria administrativa.

En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.¹⁵

Nesse mesmo sentido, de que a garantia da legalidade se aplica a todos os ramos do direito punitivo, mesmo que não penal, a Corte IDH decidiu no *Caso De La Cruz Flores Vs. Peru*.¹⁶ Nesse julgado específico, o Tribunal Internacional entendeu que, uma vez violada a garantia da legalidade, todas as garantias processuais restam desrespeitadas, porque não há como se desenrolar um “processo justo” frente a uma acusação que não contava com prévia definição legal.

No caso *Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*, a Corte IDH, analisando especificamente os limites de atuação do Estado para aplicação de sanções administrativas, portanto não penais, como são as sanções da Lei 8.429/92, decidiu que o princípio da legalidade deve ser aplicado a todas as manifestações de direito sancionador, mesmo que o ilícito não seja formalmente penal. Isso porque toda pessoa que pode, eventualmente, ser sancionada deve conhecer com anterioridade os atos que lhe são permitidos e os que lhe são proibidos.

Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar

su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.¹⁷

Nesse caso, as pessoas sancionadas no Panamá e que recorreram à CIDH haviam recebido sanção administrativa de perda da função pública (pena também prevista no art. 12 da Lei 8.429/92). A fundamentação para tanto se deu com base em preceito legal demasiadamente amplo e impreciso sobre possíveis condutas ilícitas, cujas características específicas não estavam previstas pontualmente no entendimento do Tribunal Internacional.

As definições legais dos ilícitos estavam previstas em lei específica (Ley 25), mas apenas sob a denominação conceitual de “participação em atos contrários à democracia e à ordem constitucional” sem especificar quais condutas poderiam ser considerada “contrárias à democracia e à ordem constitucional”. O caso é muito similar ao da Lei 8.429/92 que se limita a definir como ilícito no 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”. Neste caso, também se tem definição muito genérica que não viabiliza a pessoa atingida conhecer previamente a ilicitude do ato e decidir qual a conduta a adotar frente às restrições legais.

Qualquer ação ou omissão que viole princípios da administração pública, como previsto na lei brasileira (art. 11), não difere em conteúdo e alcance da previsão de “participação em atos contrários à democracia e à ordem constitucional” fixada na lei panamenha condenada pela CIDH. Ambas violam a legalidade, porque muito genéricas, permitindo que se defina, *a posteriori*, exclusivamente ao gosto pessoal do julgador, quais condutas estão ou não enquadradas nesses “tipos” e são merecedoras de punição.

Sobre esse aspecto, a IDH afirmou na fundamentação:

La Sala Tercera, al juzgar con base en la Ley 25, no tomó en cuenta que dicha ley no establecía cuáles acciones atentaban contra la democracia y el orden constitucional. De esta manera, al acusar a los trabajadores de participar en un cese de actividades que atentaba contra la democracia y el orden constitucional, se les culpaba sin que estas personas hubieran tenido la posibilidad, al momento del paro, de saber que participar en éste constituía causal de una sanción tan grave como el despido.

Assim, se a atuação brasileira fosse submetida à CIDH, dificilmente teria destino

distinto da condenação do Estado do Panamá por violação dos direitos humanos previstos no art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica. Nesse caso, o Brasil também seria penalizado por não observar os arts. 1º e 2º do mesmo Tratado que impõem ao Brasil a obrigação de observar os direitos nele previstos e adotar disposições de Direito interno para garantir os direitos por ele protegidos, conforme reiterada jurisprudência do referido Tribunal Internacional.

Ainda que o ilícito de improbidade administrativa não seja penal e que os requisitos de taxatividade legal possam ser reduzidos para os cíveis e administrativos, o Estado brasileiro tem a obrigação perante a comunidade internacional de respeitar o mandamento expresso do Pacto de São José da Costa Rica de obediência ao princípio da legalidade.

O respeito ao princípio da legalidade, com uma descrição *suficiente* do ilícito para garantir segurança jurídica aos cidadãos e proteger a todos do arbítrio, não pode ser suplantado, nem mesmo sob a “justificativa” de proteger o interesse público. Não há “interesse público” que possa se sobrepor aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, mediante consenso entre os povos civilizados como parte irrenunciável das relações entre a pessoa humana e o Estado.¹⁸

Assim, em respeito ao princípio da legalidade, não se pode, simplesmente, invocar a aplicação isolada do princípio da moralidade para impor sanção por improbidade, porque isso permite confundir Direito e moral e legitima o arbítrio. Valer-se da moral em substituição às normas jurídicas seria retornar a um jusnaturalismo metafísico, inaceitável em um estado laico e por um Direito secularizado. Admitir isso parece fundamental para viabilizar aquilo que Lenio Streck chamou de “espaço de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional”.¹⁹

O Juiz Sergio García Ramírez da CIDH se pronunciou, no *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, sobre o *conteúdo mínimo do princípio da legalidade* nos seguintes termos:

Si la conducta sancionada no se halla prevista en la ley, existe manifiesta violación del principio de legalidad. (...) **También se presenta esa vulneración cuando la descripción legal de la conducta es equívoca, confusa, ambigua, al punto que desemboca en interpretaciones diversas** (“auspiciadas” por el legislador y que son la puerta del arbitrio) y conducir a consecuencias penales diferentes, que se reflejan en la punición y en el enjuiciamiento, por ejemplo.²⁰

Embora a transcrição acima se refira à legalidade penal, ela é plenamente aplicável para os casos de improbidade administrativa, pois, como já visto, a CIDH exige também esse mesmo conteúdo mínimo de legalidade para todos os ramos do direito sancionador, no qual, evidentemente, a improbidade administrativa se enquadra.

O problema central do art. 11, sobretudo no que toca à violação do princípio da moralidade, é que seu texto admite que uma mesma conduta seja tratada como ilícita ou não, dependendo, exclusivamente, de quem julga o caso. Daí, a necessidade premente de definir os contornos do princípio da Moralidade Administrativa.

4 LIMITES E REQUISITOS DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA PARA CONFIGURAR IMPROBIDADE

Há, sem dúvida, inúmeras dificuldades em definir o âmbito de alcance do princípio da moralidade administrativa até porque nem se pode contar com experiências ou literatura estrangeiras, pois, s.m.j, somente o Brasil adota essa expressão conceitual, embora muitos, de algum modo, tratem da exigência de boa-fé por parte da Administração.²¹

O problema de punir atentados contra o princípio da moralidade administrativa nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei 8.429/92, remete a um problema anterior consistente na aplicação direta de princípios ao caso concreto, independente da intermediação de qualquer regra.²² Esse obstáculo revela-se na aplicação de qualquer princípio jurídico, porque abre espaços para o *decisionismo*, justificando o *protagonismo judicial*.

Lenio Streck leciona que essa compreensão dos princípios decorre de uma internalização equivocada da *jurisprudência de valores* adotada na Alemanha após a 2ª grande guerra. Segundo Streck, a *jurisprudência de valores* serviu como meio de legitimar a Lei Fundamental que não havia ingressado no ordenamento jurídico com a “ampla participação do povo alemão”.²³

Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista.²⁴

A Constituição Brasileira nasceu em contexto completamente distinto, onde as diversas forças da sociedade tiveram vez na construção do texto. Houve grande mobilização nacional que resultou em uma Carta Política e Jurídica analítica com pretensão de satisfazer todos os tipos e classes de interesses. Ao contrário da Alemanha, que precisava justificar o direito fora daquela “constituição” fraca em legitimidade, para tentar dar-lhe contornos de

justiça, o Brasil deveria fundamentar suas medidas na própria legitimidade da Carta Constitucional e não fora dela.²⁵

A Alemanha renasceu de um “trauma” onde a legalidade cristalizada foi usada ao extremo para justificar todo tipo de arbitrariedade,²⁶ mas no Brasil, onde “até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional”.²⁷

Esse cenário de absorção irrefletida da jurisprudência de valores causou uma “euforia de princípios” no Brasil, transformados em “álibis persuasivos”, fortalecendo o “decisionismo” judicial.²⁸ O que é ignorado por parte de doutrina é que o mesmo princípio pode ser usado para sustentar teses jurídicas opostas no mesmo caso concreto. Mais grave ainda é sua adoção para fins punitivos, porque permite a definição do ilícito *a posteriori*, quando da decisão judicial condenatória, violando o princípio da segurança jurídica, do qual não se pode abrir mão.

O desafio é proteger a moralidade administrativa para que a legalidade apenas formal não sirva de escudo para imunizar desmandos e corrupções, mas sem permitir que esse objetivo retire ou enfraqueça o princípio de maior envergadura do Estado de Direito que é o da legalidade.

A França adotou o princípio da moralidade, mediante formulação de Hauriou, porque ele entendia que o controle formal da legalidade não era suficiente para enfrentar os casos de *abuso de poder*, sobretudo nos espaços de discricionariedade.

A adoção do princípio da moralidade administrativa permite a anulação de atos administrativos que estejam de acordo com a lei apenas formalmente, mas que ferem os bens da vida que a mesma lei se destina a proteger. Ele visa à contenção de abusos ou *desvios de poder*²⁹.

Em termos gerais, o *desvio de poder* ou de *finalidade* ocorre quando um administrador público cumpre um ato formalmente legal, para o qual ele tem competência, mas objetivando um fim distinto daquele almejado pela lei que o fundamenta. A imoralidade administrativa é uma forma de desvio de poder, trata-se “de um comportamento que desgarra do fim legal, é, em suma, uma transgressão da lei”³⁰. Por isso, sempre haverá de existir a violação substancial de uma lei, inviabilizando a aplicação direta do princípio ao caso concreto, mormente em matéria punitiva. A moralidade não está toda na legalidade, mas não existe sem ela. Pode-se dizer que ela é *translegal*.³¹

Assim, a legitimidade da aplicação da pena não pode ser encontrada somente no princípio da moralidade de forma isolada, pois tal princípio sempre vai exigir a comunicação com outros institutos jurídicos, pelo menos para fins punitivos de improbidade. O princípio da moralidade pode servir de *canal*³² ou *ponte* para conduzir à decretação de invalidade do ato ou responsabilização do agente público por violações substanciais à norma, ao bem jurídico por ela protegido, embora os atos possam estar formalmente corretos. Nesse sentido, “de elemento do tipo”, a autonomia dada ao princípio da moralidade está na sua funcionalidade e não em seu conteúdo.

Entende-se que as tentativas conhecidas, por nós, de conferir conteúdo ao princípio da moralidade como “tipo” do ilícito de improbidade não conseguiram distinguir a moral administrativa da moral comum em que pese os enormes esforços teóricos. Assim, a aplicação direta do princípio da moralidade como elemento do tipo deixaria as portas do ordenamento jurídico franqueadas ao arbítrio. Giacomuzzi vale-se das palavras de Welter para explicar o tratamento dado à moralidade administrativa na França, quando este diz que “o desvio de poder é a ‘expressão-tipo da imoralidade administrativa’”.³³ Assim, para nós, a moralidade administrativa seria o *canal* de verificação do abuso de poder e, com base neste, da *antijuridicidade* do ato, ou seja, da violência à intencionalidade material normativa. A moralidade atuaria onde a legalidade formal falha na tarefa de garantir o *sentido* da lei.

Como o princípio da segurança jurídica veda a aplicação direta do princípio da moralidade como tipo do ilícito, é preciso que outra norma tenha sido substancialmente violada. É preciso haver uma combinação entre a previsão geral do artigo 11 da Lei 8.429/92 com normas proibitivas concretas. As duas normas somadas dão suporte à improbidade administrativa, não se podendo prescindir de nenhuma delas. “Os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle de validez dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da Lei Federal 8.429/92”.³⁴

Todavia, reconhecer o caráter funcional do princípio da moralidade não significa negar-lhe conteúdo. O que parece é que seu *conteúdo* próprio somente possui alguma densidade apreciável na moralidade administrativa como bem jurídico. O conteúdo da moralidade administrativa como “elemento do tipo” punitivo, se existente, é de muito baixa densidade. Aqui, o seu valor está na sua *funcionalidade*.

Alguns autores percebem uma relação entre o princípio da moralidade previsto na Constituição Brasileira com o princípio geral da boa-fé do Direito Civil Espanhol. Trata-se de uma constatação que precisa de ressalvas.

Essa ideia vem sustentada na clássica obra de Jesús González Pérez que trata da aplicação do princípio da boa-fé ao direito administrativo.³⁵ O professor espanhol, de fato, menciona que tal princípio carrega os valores de lealdade, honestidade e moralidade,³⁶ mas faz isso em uma abordagem geral da boa-fé que se pressupõe em todas as relações jurídicas. O princípio da boa-fé que González Pérez estende ao direito administrativo consiste em um *principio geral do direito* previsto no Código Civil Espanhol, do mesmo modo que, desde 1942, já estava previsto na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, art. 4º,³⁷ cuja denominação foi alterada para *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* pela Lei nº 12.376 /2010.

O princípio da boa-fé existente no Direito Espanhol relaciona-se mais com o *principio da confiança legítima* que tem aplicabilidade maior nas relações bilaterais como as contratuais, quando uma das partes gera na outra uma *expectativa legítima* que vem a frustrar posteriormente, garantindo que a parte lesada seja acudida pelo Direito. Diga-se de passagem, esse princípio tem maior aplicabilidade prática a favor do indivíduo contra a Administração Pública do que o inverso.³⁸

González Pérez defende a aplicação do princípio da boa-fé, previsto no Código Civil Espanhol, ao Direito Administrativo sob dois enfoques: 1) de *la desviación de poder*, e 2) como *el principio general*.³⁹ Em relação ao primeiro, o catedrático diz que é assim “porque, en efecto, en la desviación de poder la Administración realiza una actividad contraria al Ordenamiento jurídico utilizando como cobertura la norma reguladora del ejercicio de un potestad atribuida para un fin distinto”.⁴⁰

Como se vê, González Pérez adota os institutos do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade* já tratados neste trabalho, usados, no Brasil, para controle judicial dos atos administrativos, inclusive os discricionários, para fundamentar a aplicação do princípio geral da boa-fé ao direito administrativo. Aqui, o tratamento é o mesmo do que chamamos de *fraude à lei* no que toca à aplicação do princípio da moralidade no Direito Brasileiro.

A aplicabilidade do princípio da boa-fé como princípio geral do direito é sintetizada pelo professor espanhol no seguintes termos:

El principio general de buena fe, que juega, como se ha señalado, no sólo en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, conlleva la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente puede esperarse de una persona, protege (...) “la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno” e “impone el deber de coherencia en el comportamiento”.⁴¹

Vê-se que o segundo modo de abordagem funciona como critério de interpretação da lei, como servem os *princípios gerais* do direito em caso de lacuna e não como norma que parece ter sido a opção constitucional brasileira. Não se pode equiparar os *princípios gerais do direito* aos *princípios do direito administrativo* constitucionalmente definidos. A correção do nosso entendimento é confirmada, mais adiante, quando González Pérez afirma que o princípio da boa-fé “sólo puede predicarse en sus recíprocas relaciones, de la actitud de uno en relación con otro.”⁴²

Embora possa ter alguma semelhança entre o princípio geral da boa-fé previsto no direito civil espanhol e o princípio da moralidade normatizado na Constituição Brasileira, entende-se que não é de todo pertinente invocar um instituto do direito civil para explicar uma categoria do direito constitucional-administrativo brasileiro. Essa construção teórica tem importância no Direito Espanhol porque, *s.m.j.*, ele não conta com um instituto próprio do direito público para proteger a Administração Pública contra a imoralidade administrativa. O Brasil conta com esse instituto específico, podendo buscar seu fundamento de legitimidade na sua própria Constituição.

O que se percebe em comum é que, tanto o Direito Espanhol como o Direito Brasileiro, precisam recorrer aos institutos do *desvio de poder* ou do *desvio de finalidade* para aplicar *funcionalmente* o princípio pertinente no direito administrativo de cada ordenamento interno. Em nenhum deles é possível a aplicação direta do princípio, com a diferença fundamental de que o princípio da moralidade administrativa é norma constitucional no Direito Brasileiro.

Poder-se-ia opor que a teoria do abuso de poder ou desvio de finalidade não é suficiente para explicar o princípio da moralidade na atualidade, mas isso parece dever-se ao fato de que o desvio de finalidade pode se dar no próprio interesse público. É possível que o fim pretendido não seja o definido na lei, mas, mesmo assim, tenha finalidade pública. Nesses casos, o princípio da moralidade não terá sido violado, já que, embora contrário à lei, não é desonesto.

Então, o desvio de finalidade capaz de lesar a moralidade e a probidade deve ser compreendido no sentido amplo de *corrupção da legalidade*. O ato está corrompido para atender interesses privados opostos ao interesse público.

Para nós, é essa a compreensão que pode ser dada ao princípio da moralidade como bem jurídico protegido pela previsão constitucional de punição do ilícito de improbidade: o desvio de finalidade ou desvio de poder como operacionalização de corrupção contra a Administração Pública. Ao fim, retorna-se à legalidade. A violação do princípio da

moralidade é a corrupção do princípio da legalidade. Esse é, desde as origens, o tratamento jurídico possível de ser conferido à moralidade administrativa.

Márcia Noll Barboza procura o significado de moral administrativa na noção de moral crítica para distingui-la da moral comum, desenhando seus contornos no conceito de *função administrativa*, trabalhada inicialmente, no Brasil, por Celso Antonio Bandeira de Mello.⁴³ Assim, a moralidade administrativa é um bem jurídico, o qual merece proteção tanto no que tange à probidade na administração como na esfera penal.⁴⁴

Ocorre que a *função administrativa* a que se refere Bandeira de Mello consiste em um *dever* para satisfazer os interesses de outrem, o interesse público tido como interesse da coletividade. E é para satisfazer esse *dever* que se dispõe de *poder*. Esse dever é de concretizar a finalidade da lei que é, em termos genéricos, atender ao interesse público. A idéia reitora da *função administrativa* é a *finalidade pública*, que estará sempre “estampada na lei”.⁴⁵

Como se percebe, retorna-se, novamente, à lei, sendo a lesão ao princípio da moralidade a violação disfarçada da lei, para atender outros interesses que não o interesse público. A violação da moralidade, novamente, liga-se aos institutos do desvio de finalidade ou desvio de poder, agora como “desvio da legalidade”.

Percebe-se, então, que o princípio da moralidade não pode receber aplicação direta ao caso concreto para fins de configurar improbidade administrativa. Ele sempre terá que ser avaliado juntamente com as regras jurídicas contida na lei que foi substancialmente violada.

Assim, a autonomia do princípio da moralidade em relação ao da legalidade é apenas funcional, não de conteúdo. Insistir em conceder autonomia de conteúdo ao princípio da moralidade não colabora para as soluções dos problemas concretos que minam a Administração Pública em detrimento do cidadão. Isso porque as tentativas de conferir-lhe identidade própria ou acabaram por confundir a moral administrativa com a moral comum, o que é inaceitável, ou tiveram de recorrer a critérios metafísicos, também repelidos pelo Direito secularizado. O que ambas conseguiram foi incentivar o decisionismo voluntarista e legitimar a arbitrariedade. Claro que isso vem sempre escudado em retórica, em justificativas nobres, acautelando-se de invocar supostos valores universais, mas sempre decisionismo e arbitrariedade como alerta Lenio Streck.⁴⁶

Tem-se, então, que a proteção da moralidade administrativa, para fins de improbidade administrativa, consiste na proteção do *sentido* da lei, e não apenas da sua racionalidade dedutiva que estará sempre voltado para o interesse público, objetivamente aferível. A moralidade administrativa está presente na boa-administração e ausente na má-

administração, ambas objetiva e tecnicamente verificáveis, assim como normativamente identificáveis. O agente administra mal a coisa pública quando se vale dos seus poderes funcionais ou facilidades do cargo objetivando resultados opostos ao estabelecido na lei.

A decisão condenatória precisa demonstrar o *modus operandi* do agente ao violar a moralidade administrativa, para estar suficientemente fundamentada. No caso do ilícito do artigo 11 da Lei 8.429/92, a sentença deve conter expressamente a identificação da outra regra legal agredida substancialmente e o agir do acusado que comprove ter ele atuado em “fraude à lei”. Decisão judicial que invoque apenas a violação do princípio da moralidade administrativa não está suficientemente fundamentada, devendo ter sua omissão sanada se possível, ou receber o decreto de nulidade.

A lei certa e suficientemente clara é requisito e limite da incidência do princípio da moralidade para aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92.

6 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138-6-DF. Relator Originário: Min. Nelson Jobim. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Decisão por Maioria, Brasília, DF, 08/08/2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 ago. 2011.

___Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2182-DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Cármen Lúcia. Plenário, Decisão unânime, Brasília, DF, 12/05/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 ago. 2011.

___Mandado de Segurança nº 24781. Relatora Originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, DF, 02/03/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 07. set. 2011.

___Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797. Relator: Min. Menezes Direito. Relator para o Acórdão: Min. Ayres Britto. Plenário, Brasília, DF, 16/05/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20. dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº AC 2002.70.03.001640-9. Relatora: Desª. Marga Inge Barth Tessler, Quarta Turma, Porto Alegre, RS, Diário Eletrônico 27/07/2009. Disponível: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 06. Jun. 2011.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

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

CASTANHEIRA NEVES em Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – os modelos actualmente alternativos da realização Jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXIV. Universidade de Coimbra, p.1-44, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUZ, Denise. **Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa e devido processo, aproximações e distanciamentos do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ação de Improbidade Administrativa: Patrimônio Público e Interesse Público. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo Civil e Interesse Público**:

o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador.** 3 ed. Madrid: Tecnos, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai.** Sentença de mérito, reparação e custas. San José, julgado em 31 de agosto de 2004. Presidente: Juiz Sergio García Ramírez. Decisão Unânime. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 11/01/2013.

___ **Caso De La Cruz Flores Vs. Peru.** Sentença de mérito, reparação e custas. San José, julgado em 18 de novembro de 2004. Presidente: Juiz Sergio García Ramírez. Decisão Unânime. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 14/03/2013.

___ **Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá.** Sentença de mérito, reparação e custas. San José, julgado em 02 de fevereiro de 2001. Presidente: Juiz Antonio A. Cançado Trindade. Decisão Unânime. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 14/03/2013.

___ **Caso Tristán Donoso Vs. Panamá.** Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. San José, julgada em 07 de janeiro de 2009. Presidente: Juíza Cecilia Medina Quiroga. Decisão Unânime. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 10/01/2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR Waldo. **Improbidade Administrativa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PÉREZ, Jesús González. **El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo.** 3 ed. Madrid: Civitas, 1999.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Primeiras Reflexões Acerca da Distinção entre Princípios e Regras Constitucionais do Processo Penal. **Boletim IBRAPP,** Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 17-18, 2011/02.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A Ideia Penal sobre a Corrupção no Brasil: Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. A 19. V. 89, mar.-abr./2011, p.407-427, p. 411, nota 10

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹ Cf. LUZ, Denise. **Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa e devido processo, aproximações e distanciamentos do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 23/24 e notas de rodapé nº 3 e 4.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138-6-DF. Relator Originário: Min. Nelson Jobim. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Decisão por Maioria, Brasília, DF, 08/08/2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 ago. 2011.

³ Claro que, tratando-se de matéria extrapenal, o “elemento do tipo” aqui referido não pode ser equiparado aos elementos do tipo do direito penal. Trata-se, tecnicamente, do princípio da legalidade próprio do direito administrativo. Se no direito administrativo em geral o princípio da legalidade se impõe, tem-se que, em matéria punitiva, há de se exigir interpretação restritiva. Outros termos, neste caso, poderiam ser usados em vez de “tipo” como “suporte fático”, “fato imponible”, “hipótese de incidência”.

⁴ ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR Waldo. **Improbidade Administrativa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39-40: Os autores consideram que a improbidade revela-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”.

⁶ ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 108.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, 657.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Ação de Improbidade Administrativa: Patrimônio Público e Interesse Público. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 205.

⁹ Cf. LUZ, Denise. **Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa e devido processo, aproximações e distanciamentos do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2014.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 291.

¹¹ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2002, p. 200.

¹² Ibid.

¹³ Ibid., p. 203.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 291, citando Marcelo Figueiredo.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai**. Sentença de mérito, reparação e custas. San José, julgado em 31 de agosto de 2004. Presidente: Juiz Sergio García Ramírez. Decisão Unânime. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em 11/01/2013.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso De La Cruz Flores Vs. Peru**. Sentença de mérito, reparação e custas. San José, julgado em 18 de novembro de 2004. Presidente: Juiz Sergio García Ramírez. Decisão Unânime. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em 14/03/2013.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá**. Sentença de mérito, reparação e custas. San José, julgado em 02 de fevereiro de 2001. Presidente: Juiz Antonio A. Cançado Trindade. Decisão Unânime. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em 14/03/2013.

¹⁸ “Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados” Cf. **Caso Baena Ricardo e outros**

Vs. Panamá. Nessa passagem se estava a analisar atos da administração pública, o que não se exclui, pelo contrário, a atuação do Poder Judiciário.

¹⁹ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

²⁰ Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Tristán Donoso Vs. Panamá.** Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. San José, julgada em 07 de janeiro de 2009. Presidente: Juíza Cecilia Medina Quiroga. Decisão Unânime. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 10/01/2013.

²¹ Cf. BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002, p. 120.

²² Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Ver também a crítica de SAAVEDRA, Giovani Agostini. Primeiras Reflexões Acerca da Distinção entre Princípios e Regras Constitucionais do Processo Penal. **Boletim IBRAPP**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 17-18, 2011/02.

²³ Não é demais pontuar que a Lei Fundamental é de 1949, imediatamente após a derrota da Alemanha para os Aliados na Segunda Guerra Mundial. Esse documento que poderia ter sido denominado de “Constituição” entrou em vigor somente com a outorga dos Aliados. Não foi uma escolha livre do povo alemão, mas um documento produzido por um país derrotado em uma grande guerra e ocupado pelos vencedores. Não bastasse isso, o país estava dividido no contexto da Guerra Fria, vindo logo a partir-se em dois estados distintos. STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21

²⁴ Ibid.

²⁵ Cf. Ibid.

²⁶ Cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém - Um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

²⁷ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

²⁸ Cf. STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁹ Para fins deste trabalho, os termos “desvio de finalidade”, “desvio de poder” e “abuso de poder” têm o mesmo sentido, podendo-se empregar qualquer um deles indistintamente.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.57.

³¹ Na expressão e no sentido dado por CASTANHEIRA NEVES em Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – os modelos actualmente alternativos da realização Jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXIV. Universidade de Coimbra, p.1-44, 1998, p. 6 e 13.

³² O termo é de Márcia Noll Barboza, com a ressalva de que não se concorda com as conclusões a que chegou a autora. Entende-se que sua proposta pode ser adequada para outros fins que não sejam punitivos. Não reconhecemos todas as potencialidades que a autora identifica no princípio da moralidade administrativa. Não obstante, várias de suas constatações contribuem para o aprimoramento do tema. Faz-se esse destaque para que fique claro para o leitor que, apesar de existir referência a esse trabalho, não há identidade de conclusões entre este e aquele. Cf. BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.

³³ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa.** São Paulo: Malheiros, 2002.

³⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³⁵ Cf. BARBOZA, Márcia Noll. Op. Cit. Osório, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³⁶ PÉREZ, Jesús González. **El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo.** 3 ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 44.

³⁷ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

³⁸ A título de exemplo da aplicabilidade prática do princípio da confiança legítima contra a Administração, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24781. Relatora Originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, DF, 02/03/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 07. set. 2011. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação Cível

nº AC 2002.70.03.001640-9. Relatora: Des^a. Marga Inge Barth Tessler, Quarta Turma, Porto Alegre, RS, Diário Eletrônico 27/07/2009. Disponível: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 06. Jun. 2011.

³⁹ PÉREZ, Jesús González. **El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 65-92.

⁴⁰ Ibid., p. 68.

⁴¹ Ibid., p. 70.

⁴² Ibid., p. 71-72.

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 119-120.

⁴⁴ BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002, p. 134.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.57. Ver também CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2 ed. ver.amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.