

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA VISTA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: O DESVIO DE FINALIDADE ERIGIDO A PADRÃO DE IDENTIFICAÇÃO DO GRAU DE CULPABILIDADE E SANCIONABILIDADE DO AGENTE

THE ADMINISTRATIVE MISCONDUCT OBSERVED UNDER THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY: THE DEVIATION OF PURPOSE CHOSEN AS A STANDARD FOR IDENTIFYING THE BLAME AND PUNISHMENT A AGENT

Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro¹

RESUMO

A Administração Pública é regida por diversos princípios que regulam o atuar do agente público, dando à atividade administrativa um limite que se circunscreve à busca pelo bem comum. Dentre tais princípios, dois foram escolhidos para o presente estudo o da legalidade e da moralidade. A legalidade administrativa surge para delinear o âmbito de atuação do administrador, que só poderá fazer aquilo que está previsto na regra de competência. Por sua vez, o princípio da moralidade surge para impor um atuar ético e responsável ao administrador. Ambos os princípios funcionam de forma complementar, auxiliando na correta consecução do ato administrativo, que deve seguir uma série de parâmetros legais e éticos para ser válido. Quando um agente público atua fora dos limites traçados originalmente pela norma de competência, incorre em desvio de finalidade. No entanto, nem todo desvio de finalidade irá configurar um ato de improbidade, pois vão existir casos em que a atuação do administrador, mesmo que em desconformidade com algum preceito legal, não será sancionada, em face de seus mínimos efeitos para a Administração Pública.

PALAVRAS – CHAVE: Improbidade Administrativa; princípio da legalidade; princípio da moralidade; desvio de finalidade do ato administrativo.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, tendo atuado como pesquisadora na esfera da corrupção e da improbidade administrativa. Atualmente, estuda mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, com ênfase em Ciências Políticas, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

ABSTRACT

Public administration is governed by several principles governing the work of the public officer, giving a limit administrative activity that is limited to the search for the common good. Among these principles, two were chosen for this study the legality and morality. The administrative legality appears to delineate the scope of action of the public official, who can only do what is expected in the jurisdictional rule. In turn, the principle of morality appears to impose an ethical and responsible public officer to act. Both principles are at work in a complementary way, aiding in achieving the correct administrative act, which must follow a series of legal and ethical parameters to be valid. When a public officer acts outside the limits originally set by the standard of competence, incurs deviation of purpose. However, not every deviation of purpose will configure an act of misconduct, because there will be cases where the performance of the public official, even if in violation of any legal provision, will not be sanctioned, in view of its minimal effects for Public Administration.

KEY WORDS: Administrative Misconduct; principle of legality; principle of morality; deviation purpose of the administrative act.

INTRODUÇÃO

Os princípios que regem a Administração Pública possuem diversas funções, entre elas, a de regular o comportamento dos gestores públicos. Isto porque, para que se atinja o objetivo precípua do Estado (diga-se, alcançar o interesse público) é preciso fixar comandos legais que reportem obediência a regras de conduta, mais especificamente a regras que imponham aos agentes públicos a boa-fé no trato do patrimônio público.

São vários os princípios administrativos, mas para um estudo focado no desvio de finalidade foram escolhidos apenas o da legalidade e o da moralidade. O princípio da legalidade possui importância incomensurável no âmbito administrativo, na medida em que ele constrói os limites da atuação do funcionário público, indicando a forma como devem ser praticados os atos administrativos, e os limites da discricionariedade. Por sua vez, o princípio da moralidade surge para juridicizar valores sociais erigidos a padrão de comportamento para os agentes públicos, que devem atuar seguindo parâmetros éticos na produção do ato administrativo.

A verificação adequada do desvio de finalidade do ato administrativo é capaz de aferir corretamente se uma suposta conduta temerária se enquadra como ato de improbidade, e no caso de se enquadrar, se tal conduta deve ser sancionada, e qual o grau da sanção a ser aplicada. Isto porque doutrina e jurisprudência vem concordando à maioria que não é todo ato enquadrado como improbidade que deve ser punido.

A sentença que condena o ato ímprobo possui uma característica: ou o ato é sentenciado de forma branda, sem consequências jurídicas efetivas, ou ele é drasticamente castigado, com penalidades de difícil aplicação. Em ambos os casos, a ação de improbidade torna-se deficiente, pois escapa à mão do magistrado o poder de dar a melhor solução ao caso concreto, pois ele se encontraria obrigado a decidir entre os dois extremos.

O estudo do desvio de finalidade do ato administrativo considerado como ímprobo é uma resposta imediata à vivência prática na ação de improbidade. Seu objetivo é alcançar uma resposta simples, efetiva e viável para identificar o tipo de improbidade passível de sanção, através de uma medição dos tipos de desvio. Essa medição levará em consideração fatores como os conceitos de ato administrativo e de desvio de finalidade, em um primeiro momento.

O presente artigo teve início com uma pesquisa jurisprudencial. Foram colhidos os principais acórdãos do STJ sobre o tema improbidade administrativa, a fim de encontrar o melhor entendimento acerca da valoração do desvio de finalidade. Após o colhimento de dados, procedeu-se à pesquisa bibliográfica, com o objetivo de produzir um conhecimento que possuísse utilidade prática, a fim de contribuir de alguma forma para a construção do direito pátrio.

1. Análise dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa

O ordenamento jurídico pátrio possui uma série de princípios que buscam regular o atuar do administrador público. Isto porque o seu agir deve ser probo, reto, sem máculas, voltado unicamente ao atendimento do interesse público.

Cretella Júnior conceituou os princípios de uma forma bastante simplista. O autor acentuou que são, “antes de tudo, ponto de partida” (1998, p. 5). Com isso, ele quis dizer que funcionam como “proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípio, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência” (1988, p. 7).

Com a evolução da gestão pública, os princípios ganham um tônus único. A evolução do Direito Administrativo impõe aos ordenamentos jurídicos a individualização, de acordo

com o direito pátrio, “das linhas ideológicas e valorativas que deveriam ser observadas, num horizonte geral, pelo jurista” (MASCARO, 2013, p. 139).

A atualidade traz os princípios não como complementos das regras, mas como instrumento de interpretação e integração. Os princípios, tais como as regras, carregam consigo “acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (dever ser)” (GARCIA; ALVES, 2011, p. 47). Logo, a inobservância dos princípios produz atos inválidos, representando sanção para aquele padrão normativo de observância obrigatória.

Em sendo os princípios concebidos como espécies de normas jurídicas, como explicam Emerson Garcia e Pacheco Alves, a análise do ato improbo deve partir da análise das regras e dos princípios informadores da probidade.

Observa-se que a grande maioria das regras a que estão subordinados os agentes públicos possuem natureza infraconstitucional, e seu fundamento de validade está calcado na Lei Maior. Já com os princípios regentes da atividade estatal ocorre o inverso, pois sua base estrutural dentro da própria Constituição, donde expandem seus efeitos para os outros princípios e regras que de si emanam (GARCIA; ALVES, 2011, p. 53).

A identificação dos atos de validade do Poder Público enfrenta necessariamente o caminho dos princípios regentes da atividade estatal previstos constitucionalmente. Assim, a licitude dos atos praticados pelos agentes públicos será extraída do conjunto das regras e princípios do ordenamento jurídico, podendo se manifestar de forma implícita ou explícita.

Os princípios constitucionais informadores da probidade e moralidade no trato do patrimônio público possuem previsão no *caput* do art. 37 da CF/88: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Destacamos, para este estudo, dois princípios: o da legalidade e o da moralidade administrativa, afim de não cansar o leitor com doutrina amplamente debatida na *práxis* jurídica.

1.1. O princípio da legalidade

Dentre os princípios previstos na Constituição Federal e na Lei nº 8.429/92, o da legalidade é, sem dúvida, o que merece mais reflexão quando pensamos no controle dos atos administrativos.

A legalidade possui previsão no art. 5º, II, da CF/88, que preleciona que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e na Lei nº 8.429/92 em seu art. 11, I, através da figura do desvio de finalidade, *in verbis* “praticar ato

visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

Como princípio da Administração, traduz-se na ideia de que o administrador público está, em no desenvolvimento de sua atividade funcional sujeito aos preceitos legais, às exigências do bem comum. Logo, não poderá jamais se afastar de tal ideal, e a sanção para o descumprimento de tal premissa é tornar o ato praticado inválido, além de poder sofrer sanções na órbita disciplinar, civil e criminal, além da sanção por ato de improbidade administrativa (MEIRELLES, 2005, p. 67).

Sobre o assunto, Tourinho elabora eficiente reflexão: “a administração é criação abstrata do direito e não uma emanção pessoal de um soberano. Atua, desta forma, submetida à legalidade objetiva que se sobrepõe à administração” (2006, p. 63). A autora continua explicando que os princípios são a “pedra de toque do Estado de Direito, onde se quer o governo das leis e não o governo dos homens” (2006, p. 63).

Pelo princípio da legalidade todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública se subordinam à ordem jurídica de forma que sair deste padrão imposto pelo direito implica em tornar o ato administrativo nulo ou anulável.

Por conseguinte, “qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de atuação da lei, será injurídica” (TOURINHO, 2006, p. 64).

Neste momento é que se delinea a figura do desvio de finalidade, presente em quase todo ato ímprobo. Quando o administrador age em descompasso com a previsão legal, ultrapassa os contornos da discricionariedade.

Isso não implica, necessariamente, que todos os atos e medidas realizados no âmbito da Administração Pública devam, especificamente, corresponder a um comando legal. Se assim o fosse, a Administração viveria verdadeiro caos de paralisação.

Nessa linha de raciocínio, é possível concluir que a Administração Pública somente deve atuar nas hipóteses em que haja previsão legal a habilitá-la, devendo justificar seus atos e medidas através de dispositivos legais. Frise-se, no entanto, que existem gradações a tal habilitação, pois quando se tratam das medidas que repercutem nos direitos dos cidadãos, os comandos legais exigem uma espécie de vinculação mais estrita na atuação administrativa com vistas à previsão da norma jurídica. Existem outras situações em que a norma atribui ao agente um poder-dever para escolher a melhor medida dentre várias possibilidades, para assim satisfazer plenamente o interesse público (TOURINHO, 2006, p. 66).

A discricionariedade do administrador público decorre da impossibilidade de previsão de todas as condutas a serem adotadas no âmbito da Administração Pública, ressalva bastante importante no estudo da legalidade administrativa. O administrador está adstrito aos comandos legais que preveem a forma de execução e a finalidade dos atos administrativos, e incorrerá em vício toda vez que se desviar do objetivo traçado para o ato que deve realizar.

Conclui-se que “o agente público está adstrito ao princípio da legalidade, não podendo dele se afastar por razões de conveniência subjetiva da administração”, entendimento defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, (STJ. MC: 4193/SP 2001/0116624-0, Segunda Turma, Rel. Min. Laurita Vaz). A posição adotada pela Corte Superior apenas reitera a força normativa dos princípios, em especial o da legalidade, pois este princípio regula todos os outros princípios que regem a atuação estatal.

1.2. Princípio da moralidade

A moralidade administrativa aqui enfocada não se trata da moral comum do meio social. Relacionada com o direito, a moralidade é composta de regras de boa administração, por um conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas pela distinção entre o bem e o mal e pelo ideal de administração e função administrativa (TOURINHO, 2006, p. 70).

Hans Kelsen, ao diferenciar a moral do direito, concluiu que na medida em que a justiça é uma exigência da moral, na relação entre moral e direito insere-se também uma relação entre a justiça e o direito. O autor ressalta que no uso corrente da linguagem, muitas vezes são confundidos os conceitos de moral e de ética, tal como o Direito é confundido frequentemente com a ciência Jurídica. Assim, a moral “regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida” (KELSEN, 1988, p. 42).

A doutrina brasileira entende que a moralidade administrativa está relacionada a determinados fins, valores ou preceitos morais judicializados, em época e espaço determinados, não como meras concepções pessoais, religiosas ou políticas, traçadas no exercício da liberdade, desvinculadas do âmbito administrativo (TOURINHO, 2006, p. 71).

Neste ínterim, a moralidade administrativa se volta à finalidade que a administração visa através da regulação social. Há uma carga finalística intrínseca no princípio neste sentido, que se volta ao atendimento das necessidades sociais (TOURINHO, 2006, p. 71).

A Lei nº 8.429/92 surge justamente na consecução deste objetivo, garantindo ao cidadão do Estado moderno que seu direito público subjetivo a um governo honesto, probo, voltado ao atendimento dos preceitos legais, seja cumprido, com enfoque especial na questão da moralidade administrativa (TOURINHO, 2006, p. 71).

Aqui surge o ideal de boa administração, dever intrínseco a quem exerce a função pública e a aqueles que mesmo não a exercendo, devam zelar pela moralidade pública.

A moralidade é uma forma de expressão dos comportamentos éticos dos administradores públicos. Neste sentido, o princípio da moralidade impõe à Administração a submissão a valores morais capazes de atingir o interesse público (TOURINHO, 2006, p. 72).

Em direta ligação com o princípio anterior, conclui-se que “o atuar da administração sem limites, de má-fé, desvirtuada da finalidade legal ou motivada por interesse particular, implica a violação do princípio da moralidade” (TOURINHO, 2006, p. 72).

O entendimento jurisprudencial se firmou no sentido de que o uso dos bens públicos deve obedecer o que dispõe a lei, pois sua desobediência configuraria imoralidade, lesão ao patrimônio público, e é neste sentido que são proferidos os acórdãos do STJ. Em acórdão proferido pela Segunda Turma, em ação de improbidade contra presidente da câmara de vereadores, que utilizou veículo oficial em passeios com pessoas da família e em transporte de ração para cavalo de sua propriedade, firmou-se o entendimento:

[...] A eventual ausência de disciplina específica no âmbito da Câmara de Vereadores no tocante ao uso dos bens públicos não garante ilimitados direitos aos agentes políticos respectivos. Ao contrário, no direito público brasileiro, os agentes públicos e políticos podem fazer somente o que a lei - em sentido amplo (leis federais, estaduais e municipais, Constituição Federal, etc.) - permite, não aquilo que a lei eventualmente não proíbe de modo expresso. Assim, a possível falta de regulamentação implica adotar as restrições próprias e gerais no uso dos bens públicos, os quais se destinam, exclusivamente, a viabilizar atividades públicas de interesse da sociedade. No caso, o veículo recebido destina-se a auxiliá-lo na representação oficial da Casa por ele presidida, comparecendo a eventos oficiais, reuniões de interesse público, localidades atingidas por calamidades públicas e que precisam de ajuda da municipalidade, etc.. Flagrantemente, não estão incluídos passeios com a família fora do expediente, em fins de semana e feriados, e transporte de ração para cavalo de propriedade do parlamentar. Nesses últimos exemplos há um indubitável desvio de poder, considerando que o bem de propriedade pública foi utilizado com finalidade estranha ao interesse público, distante do exercício da atividade parlamentar [...]. Extrai-se dos atos praticados pelo réu, como consequências lógicas e imediatas, verificadas *primus ictus oculi* - independentemente do reexame de provas, (i) o enriquecimento indevido do agente em detrimento do erário, tendo em vista que, em substituição do automóvel particular do réu, foi utilizado veículo público, o qual sofreu desgastes indubitáveis (pneus, câmbio, motor, lataria, parte elétrica, freios etc.), além do consumo de combustível, e (ii) o absoluto desrespeito ao princípio da moralidade administrativa, o qual obriga os agentes públicos e políticos a agirem conforme os princípios éticos, com lealdade e boa-fé. Daí que os fatos narrados revelam a prática de atos de improbidade mediante clara vontade e desejo do agente, estando inseridos nos artigos 9º, caput e

inciso XII, e 11, caput, da Lei nº 8.429/1992 [...] (STJ - REsp 1080221/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira).

Neste acórdão foi possível extrair o conceito de moralidade adotado pela Corte Superior, que é aquele que impõe aos agentes públicos e políticos a obediência aos princípios éticos, como a lealdade e a boa-fé no trato da coisa pública, além da obediência à legalidade. Portanto, “o princípio da moralidade administrativa exige que o administrador observe determinados valores, os quais assumem certa especificidade em razão da própria natureza da atividade” (GARCIA; ALVES, 2011, p. 89).

2. A finalidade do ato administrativo

Carvalho Filho preleciona que não há uniformidade na conceituação de ato administrativo pela doutrina. Por isso, elege três pontos fundamentais para a caracterização do instituto: em primeiro, o agente deve estar dotado de prerrogativas públicas de atuação estatal para a sua prática. Em segundo, seu conteúdo deve propiciar a produção de efeitos jurídicos com fins públicos. Assim, todo ato administrativo deve ser regido, basicamente, pelo Direito Público (2008, p. 95). Já de acordo com Mello (2009, p. 380), ato administrativo em sentido amplo é a:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

A noção de ato administrativo se refere a uma manifestação que produz efeitos de direito, tais como “certificar, criar, extinguir, transferir, declarar ou de qualquer modo modificar direitos ou obrigações” (MELLO, 2009, p. 380-381). O ato administrativo é o que provém do Estado, “ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais” e é exercido através das prerrogativas públicas regidas pelo direito público, se diferenciando aí do direito privado (MELLO, 2009, p. 380-381).

A manifestação de vontade do ato deve diferir da manifestação do ato da vida particular do agente. Para tanto o agente deve estar exercendo a função pública no momento da prática do ato e a vontade particular deve se submeter à vontade administrativa, de forma tal que “a exteriorização da vontade é considerada proveniente do órgão administrativo, e são do agente visto como individualidade própria” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 95).

Chega-se à conclusão de que o ato jurídico “consiste em providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente

vinculadas, a título de lhes dar cumprimento” (MELLO, 2009, p. 380-381). É através deste conceito que é possível diferenciar o ato administrativo da lei: os atos administrativos possuem como característica a infralegalidade. Em situações excepcionais de caso atípico de ato administrativo a providência que a Administração deve tomar será estritamente vinculada (MELLO, 2009, p. 380-381).

Por fim, deve-se frisar que o ato administrativo está sujeito, todo o tempo, ao exame de legitimidade por órgão jurisdicional, não possuindo definitividade frente o direito, pois pode ser declarado nulo por meio de decisão do Poder Judiciário (MELLO, 2009, p. 380-381).

Esse seria o conceito em sentido amplo do ato administrativo. Em sentido estrito, pode ser dito como:

[...] declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (MELLO, 2009, p. 381).

O conceito de ato administrativo, especificamente aplicado à Lei nº 8.429/92, remete-nos ao entendimento de que a concretização ideal do ato deve estar pautada no fato de que: (1) o ato deve ser praticado por agente público ou quem lhe faça as vezes; (2) deve ser manifesto mediante comandos concretos (pela Constituição, pelas leis infraconstitucionais, decretos, regulamentos, etc.); (3) estão sujeitos ao controle de legitimidade pelo órgão jurisdicional (MELLO, 2009, p. 381). A Lei nº 8.429/92 é um dos instrumentos jurídicos que propicia o controle e a sancionabilidade do agente que não realiza o ato administrativo em conformidade com a lei. Quando não são seguidas estas premissas básicas na manifestação do ato administrativo, o ato deixa de ser vinculado, e pode ser qualificado como ilegal, ou mesmo pode ser enquadrado como ato ímprobo por ofensa ao art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, que fala em desvio de finalidade.

Como se fará demonstrar adiante, o ato ímprobo precisa ser verificado através de requisitos intrínsecos e extrínsecos do ato administrativo. Isto porque uma análise superficial do ato administrativo leva o intérprete a qualificar todo desvio de finalidade como improbidade, o que destoia da prática jurídica. Para melhor intelecção do assunto, é preciso verificar o conceito de ato contra a Administração Pública.

2.1. Atos praticados contra a Administração Pública

Por meio da Lei nº 8.429/92, reconhecem-se três tipos de ato de improbidade: o que causa enriquecimento ilícito (art. 9º), o que causa lesão ao Erário (art. 10) e o que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11). O art. 1º da Lei nº 8.429/92 fala em ato que será praticado “contra” a Administração Pública, conforme se extrai:

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 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.

Deve-se observar que o ato praticado contra a Administração Pública não é apenas aquele que cause prejuízo ao Erário. A violação dos princípios norteadores da Administração se consubstancia de igual sorte como atividade contra a Administração (DECOIMAN, 2007, p. 60). É preciso destacar que não é todo ato que vai de encontro aos princípios da Administração Pública que se considera improbidade administrativa. Para a configuração do ato ímprobo, o agente público deve estar dotado da prerrogativa de atuação estatal quando praticar o ato caracterizado como ímprobo (à exceção do ato ímprobo praticado por terceiros que mantenham relação com a Administração Pública), o conteúdo desse ato deve ter a finalidade de produção de efeitos jurídicos com fins públicos e a conduta deve estar contaminada com o dolo específico, ou seja, com a vontade de transgredir os princípios da Administração Pública.

2.2. O desvio de finalidade

A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas: (1) os agentes podem atuar fora dos limites de competência; (2) embora dentro da competência, podem se afastar do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo (CARVALHO FILHO, 2008, p. 44). O primeiro caso é o excesso de poder, o segundo o desvio de poder.

Excesso de poder é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso, o agente invade as atribuições de outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não conferiu.

O desvio de poder é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu. “A finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima. Por isso é que tal vício também é denominado desvio de finalidade” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 44).

Cretella Júnior oferece uma noção dos sintomas denunciadores do desvio de finalidade. Chama sintoma “qualquer traço, interno ou externo, direto, indireto ou circunstancial que revele a distorção da vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo de interesse público, mas por motivo privado” (*Apud* CARVALHO FILHO, 2008, p. 44-45). No entanto, “nem todo abuso de poder se caracteriza como ilegalidade” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 45). Nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva, mas todo abuso se reveste de ilegalidade, e como tal, sujeita-se a revisão administrativa ou judicial. “A ilegalidade é o gênero do qual o abuso de poder é a espécie” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 45).

O desvio de poder está presente quando o agente atuar nos limites de sua competência, mas praticar o ato visando a atender uma finalidade pública que não é aquela correspondente à utilizada; ou tem seu obrar embasado em motivos ou fins diversos dos previstos na norma e exigidos pelo interesse público. Sua identificação, assim, poderá resultar da verificação das circunstâncias eminentemente objetivas, como poderá exigir seja perquirida e provada uma intenção em desacordo com nos fins da lei, assumindo uma feição subjetiva (GARCIA; ALVES, 2011, p. 374).

A Administração está obrigada, no exercício de suas atividades, a cumprir determinados objetivos sociais e, para alcançá-los, obedece a um princípio de especialização funcional: cada atribuição corresponde um fim próprio que não pode ser desnaturado (GARCIA; ALVES, 2011, p. 375). Pode se identificar vício e conseqüente nulidade nas hipóteses em que o ato não esteja vinculado a uma finalidade pública, como naquelas em que esta seja divisada, com a conseqüente preservação do interesse geral, mas o ato utilizado não seja adequado ao atingimento do interesse que buscou tutelar, já que a lei concebera para fim diverso.

Em algumas ocasiões, a configuração objetiva do desvio de poder é difícil de ser demonstrada já que a multiplicidade de objetivos perseguidos pela Administração em muito facilita o enquadramento das medidas de concretização em algum deles, o que dificulta a comprovação do desvio.

Há uma segunda modalidade de desvio de poder, que é identificada quando o ato administrativo, não obstante perfeito na aparência, foi praticado com objetivos distintos daqueles relacionados à satisfação do interesse público. Trata-se de um vício externo e cuja formação se inicia em momento antecedente à própria prática do ato, refletindo-se numa intenção viciada. Ocorre quando o agente pratica o ato administrativo com uma finalidade diversa daquela inicialmente prevista para o ato (DI PIETRO, 2003).

2.3. O Uso, o abuso e o excesso de poder

“O uso do poder é prerrogativa da autoridade” (VELLOSO, 2007, p. 13). Logo, quando se fala de abuso de poder, deve-se ter em mente que o poder deve ser exercido normalmente, sem abusos. Usar normalmente o poder é “empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público” (VELLOSO, 2007, p. 13). Abusar do poder é empregá-lo sem utilidade pública.

Confia-se o poder ao administrador público para que assim ele possa usá-lo em prol da coletividade, visando atingir o bem estar social. Quando o poder é utilizado de forma desproporcional, quando a força é utilizada de forma arbitrária, com violência contra o administrado, configura-se o abuso de poder do Estado. Esse uso do poder não é tolerado pelo direito, gerando a nulidade dos atos assim cometidos. Neste ínterim, destaque-se que “o uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí porque todo ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio de poder” (VELLOSO, 2007, p. 13).

Já o abuso de poder ocorre quando a autoridade competente para a prática do ato ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das suas finalidades administrativas (VELLOSO, 2007, p. 13). O abuso de poder pode ser tanto comissivo quanto omissivo. “A inércia da autoridade administrativa deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposo” (VELLOSO, 2007, p. 15). Esse gênero abuso de poder se divide em excesso de poder e desvio de finalidade. O primeiro, o excesso de poder, ocorre quando a autoridade competente para praticar o ato vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas (VELLOSO, 2007, p. 15).

2.4. O desvio de finalidade caracterizado como ímprobo

Para caracterizar o ato ímprobo, de acordo com Sarmento, é preciso haver: “a) prática de ato administrativo em desconformidade com o interesse público; b) prática do ato administrativo com objetivo estranho ao querido pela lei” (2002, p. 113).

A primeira hipótese apresenta um agente que possui consciência de que está afrontando os princípios da administração pública, o bem comum ou o patrimônio público. Na segunda, “o ato administrativo atende às formalidades legais, mas esconde interesses pessoais do agente público ou terceiros favorecidos, sempre prejudiciais ao erário” (SARMENTO, 2002, p. 113).

Assim, os direitos difusos e coletivos devem ser obrigatoriamente observados quando o agente público pratica o ato administrativo. Todos os seus atos devem buscar os interesses primários da sociedade tanto no plano jurídico quanto no plano ético, pois “governantes e administradores têm compromisso deontológico com o bem comum. Devem se empenhar ao máximo para concretizar as pretensões de segurança jurídica, melhoria da qualidade de vida, respeito ao erário e eficiência dos serviços públicos” (SARMENTO, 2002, p. 113).

2.4.1. A configuração do ato ímprobo: Elementos intrínseco e extrínseco

Além dos pressupostos formais de verificação do ato ímprobo (ou seja, dos caracteres obrigatórios a todos os atos administrativos), observa-se a existência de pressupostos elementares. Trata-se da análise de elementos de duas dimensões: intrínsecos e extrínsecos.

O elemento intrínseco é composto do elemento volitivo, onde se verifica se a conduta do agente estava contaminada com o dolo ou a culpa (esta sendo possível apenas nos casos de lesão culposa, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.429/92). O elemento extrínseco é composto de uma análise externa do ato administrativo, como a lesividade do dano ao Erário, a ofensa aos princípios da Administração Pública ou enriquecimento sem causa.

Este último elemento, o extrínseco, diz respeito à natureza do ato, à sua extensão e a sua gravidade. O ato deve possuir uma natureza jurídica de ato ilícito, cuja concretização vai fundamentalmente de encontro à moralidade administrativa protegida pela CF/88.

A ilicitude do ato, por si só, não é suficiente para a verificação do elemento extrínseco. É preciso verificar, também, a extensão da ilegalidade cometida pelo agente. Não é qualquer desvio de finalidade que pode configurar improbidade, só aquele que ofenda os princípios da Administração Pública, ou cause prejuízo ao erário, ou enriquecimento sem causa e, sobretudo, seja relevante.

Por exemplo: um servidor que usa os materiais de expediente para suas atividades particulares, em repartição pública, à primeira vista, estaria cometendo ato ímprobo, de acordo com o art. 11, I da Lei nº 8.429/92. No entanto, é preciso que se verifique a extensão do dano: somente se tal dano foi suficiente para lesar o Erário, de forma a ser imprescindível seu ressarcimento, poderia se falar em *improbus administratur*.

No exemplo dado, se os materiais de expediente utilizados fossem algumas folhas de papel e umas canetas, por exemplo, não se configuraria improbidade, apenas uma mera ilegalidade. No entanto, se o agente invadissem o almoxarifado e levasse resmas de papel e caixas de caneta para casa, aí sim se configuraria a improbidade.

A *práxis* jurídica segue um caminho inverso do que é aprendido em sala de aula. As decisões jurídicas examinadas nos levaram à conclusão de que não se pode dar primazia à forma do ato administrativo em detrimento do próprio ato. Os casos concretos têm demonstrado que é preciso fazer uma avaliação mais meticulosa da ilegalidade antes de considerá-la como improbidade.

O seguinte caso concreto pode iluminar o entendimento sobre o assunto: um delegado de polícia civil, no uso de suas atribuições, deixa de concluir inquérito policial destinado a investigar um homicídio. O caso passa meses parado, até que a genitora da vítima decide ir à Promotoria Coletiva prestar uma queixa sobre a demora na investigação do homicídio. O Ministério Público inicia um procedimento administrativo para investigar a denúncia, e descobre que o inquérito realmente está parado há quase um ano. Oferece Ação Civil Pública por Ato de Improbidade, previsto no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92:

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:
[...]

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

Poder-se-ia afirmar, numa análise superficial do caso, que o *parquet* agiu de forma coerente, na defesa dos interesses da Administração Pública. Só que o caso em destaque possuía algumas minúcias que deveriam ter sido levadas em conta obrigatoriamente pelo Ministério Público, antes de instaurar a referida ação civil pública.

Deve haver a conjugação dos elementos intrínsecos e extrínsecos ao ato ilegal para que se configure o ato ímprobo. No caso em tela, a polícia civil estava em greve e as viaturas usadas na investigação não possuíam combustível. O delegado não teve dolo ao deixar de investigar o homicídio, o que ocorreu foi a ausência de condições técnicas de fazê-lo.

A ausência de inquérito policial no homicídio é bastante grave, tanto que é inaceitável no ordenamento (art. do 10 do CPP). Estaria configurado, certamente, o elemento extrínseco do ato, mas não o elemento intrínseco. Logo, não estaria configurado ato de improbidade, a menos que a orientação jurisprudencial passasse a interpretar extensivamente o elemento volitivo ao art. 11 da Lei nº 8.429/92, o que não ocorre na atualidade (*Cf.* STF, Informativo 345, de 26 a 30 de abril de 2004, Relator: Min. Celso de Mello).

Não é todo ato ilegal que pode ser considerado ímprobo. É preciso que haja a conjugação dos elementos intrínsecos e extrínsecos do ato ilegal, conforme explicado. O ato ímprobo insignificante não deve ser considerado como ímprobo, pois mera ilegalidade não pode ser considerada improbidade (*Cf.* TJ/RS. Apelação Cível nº 70012886412, Vigésima Primeira Câmara Cível, Min. Rel.: Genaro José Baroni Borges).

Além disso, para que as sanções contidas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 sejam aplicadas, é necessário que se proceda à verificação dos fins do ato cominado como ímprobo, pois, de acordo com Sarmiento, “a finalidade pública é o termômetro da moralidade” (SARMENTO, 2002, p. 112). O servidor, no exercício de suas atribuições, não pode se distanciar dos padrões ético-jurídicos, pois se o fizer estará incorrendo em ato de improbidade.

Neste viés, Odete Medauar explica que o agente público no exercício de sua função e “em vista de circunstâncias de fato e de razões de direito” (MEDAUAR, 2004, p. 163), edita ato administrativo que deve produzir um determinado efeito prático, cujo objetivo é chegar a uma consequência final, ou seja, “o fim, traduzido como interesse público. O interesse público é a meta a ser atingida por meio do ato administrativo” (MEDAUAR, 2004, p. 164).

Por sua vez, Gasparini ensina que o ato administrativo possui uma finalidade que lhe é requisito imprescindível para alcançar o interesse público, que é o interesse da coletividade. “O ato administrativo desinformado de um fim público, e por certo, informado por um interesse privado, é nulo por desvio de finalidade” (GASPARINI, 2004, p. 62).

Di Pietro preleciona que se configura o desvio de poder quando o agente que pratica o ato utiliza em seu proveito o poder discricionário, atingindo fim diverso do que foi fixado legalmente. A autora ressalta que “quando isso ocorre, fica o poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei” (DI PIETRO, 2011, p. 220).

É preciso entender o ato administrativo. Ele busca atingir as consequências que a lei teve em vista quando autorizou sua prática, sob pena de nulidade (SARMENTO, 2002, p.

112). Há “burla da intenção legal” quando o agente pratica ato visando finalidade diversa da que foi estabelecida (SARMENTO, 2002, p. 112).

3. A gradação do desvio de finalidade

A gradação do desvio de finalidade, por mais simples que pareça, merece um estudo vocacionado. É que a riqueza dos casos concretos leva o operador do direito a perceber que não é preciso apenas conceituar o desvio de finalidade. É preciso estabelecer parâmetros de desvio, onde se encontrará a pena correta para cada situação única dos tribunais. Antes, é preciso levar em conta todas as variantes do estudo da sanção da improbidade, como a reserva do possível ou a insignificância dos atos ilegais.

Osório preleciona que nem todo desvio de poder e de finalidade é considerado ato de improbidade administrativa, pois se assim o fosse, tais atos “estariam francamente absorvidos pela improbidade, não mais subsistindo como ilícitos autônomos” (2010, p. 332).

O autor comenta ainda que os desvios de poder ou de finalidade “traduzem cláusulas gerais que abarcam numerosos tipos de comportamento transgressores” (OSÓRIO, 2010, p. 332). Logo, a ambiguidade e generalidade de tais cláusulas autorizam “margens enormes de oscilação doutrinária e jurisprudencial. Ao intérprete incumbe o esforço redobrado para agregar densidade normativa à segurança jurídica nesses casos” (OSÓRIO, 2010, p. 332).

A dificuldade citada por Osório é sentida principalmente por magistrados na análise dos casos concretos e gira em torno da valoração do desvio de finalidade. Consubstancia-se na necessidade de gradação da espécie, necessária à hermenêutica jurídica dos magistrados e demais aplicadores da Lei nº 8.429/92. Osório, sobre o tema, esclarece:

Há muitos tipos de desvio de poder, eis que se trata de uma categoria historicamente relevante na própria formação do Direito Administrativo contemporâneo, na medida em que interfere no reconhecimento da chamada ilegalidade substancial, além de emprestar conteúdo à imoralidade e pessoalidade administrativas. A valoração do desvio de poder, pois, diante de seus virtuais conteúdos, integra-se num processo interpretativo complexo, que há de levar em conta os valores, as normas e os atores envolvidos. Nem todo desvio de poder é considerado improbidade administrativa, mas essa configura, normalmente, uma modalidade de desvio de poder acentuadamente grave, nas suas formas mais agressivas (2005, p. 5).

Neste sentido, o autor fala acerca da responsabilização por atos de improbidade pelo agente público, mais especificamente, dos peritos (2005, p. 16). Explica que os peritos não estão imunes a equívocos quando da produção de um laudo, e que a Lei nº 8.429/92, neste sentido, não pode fomentar ferramentas desumanas de cobrança (2005, p. 16).

Do texto do autor podemos extrair a necessidade de valoração do desvio de finalidade, pois existirão casos em que a conduta do agente pode aparentemente ser tipificada entre os tipos previstos na Lei nº 8.429/92, e mesmo assim o ato não será considerado improbidade, afirmação com base em análise jurisprudencial que segue exposta nos itens subsequentes.

Podemos então entender que existem padrões de desvio de finalidade. Nos fixaremos em padrões mais usuais, enquadrando o gênero em três espécies: o equívoco funcional, causador de prejuízo ao Erário por culpa *stricto sensu* e o desvio teratológico. Observe-se que essas espécies apontadas constituem os pontos cardeais de uma espécie de bússola que não exclui possíveis pontos colaterais ou subcolaterais.

Assim, o magistrado poderá em cada sentença averiguar o grau de desvio cometido, aferindo se a finalidade do ato administrativo foi ou não alcançada. Com base em casos concretos, verificamos se a valoração aqui disposta se enquadra nos casos de improbidade conhecidos.

3.1. Desvio de finalidade por equívoco funcional

Ab initio, cumpre esclarecer que não discutiremos aqui o crime funcional, eis que correspondem, sempre, a um ato de improbidade administrativa (previstos nos artigos 312 a 317 do Código Penal). O que se pretende é demonstrar que o equívoco funcional não gera responsabilização por meio de ação de improbidade.

Este tipo de desvio de finalidade se caracteriza como qualquer erro não intencional cometido durante o exercício da função pública, que pode ser desfeito sem prejuízo à Administração, ou que, causando algum prejuízo (que deve ser mínimo), deixa de ser condenado em razão da flagrante boa-fé do agente que praticou o ato.

A jurisprudência do STJ vem enquadrando esta ideia dentro do conceito de “mera irregularidade”, *in verbis*: “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente” (STJ. AgRg no AREsp 73.968/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves).

Esse entendimento faz cair por terra a ideia de que todo desvio de finalidade se caracteriza como ímprobo. Em verdade, os equívocos funcionais são categorias que quase sempre não serão considerados como atos de improbidade. Para desenlace da *quaestio juris*, colaciona-se mais um trecho de acórdão prolatado pelo STJ:

[...] A improbidade administrativa, ligada ao desvio de poder, implica a deturpação da função pública e do ordenamento jurídico; contudo, nem toda conduta assim

caracterizada subsume-se em alguma das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo (Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa, GZ Editora, 2009, p. 350): "Não se confunde improbidade com a mera ilegalidade, ou com uma conduta que não segue os ditames do direito positivo. Assim fosse, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicariam violação ao princípio da legalidade. [...] É necessário que venha um nível de gravidade maior, que se revela no ferimento de certos princípios e deveres, que sobressaem pela importância frente a outros, como se aproveitar da função ou do patrimônio público para obter vantagem pessoal, ou favorecer alguém, ou desprestigiar valores soberanos da Administração Pública". [...] *In casu*, o fato praticado pelos recorridos, sem dúvida reprovável e ofensivo aos interesses da Administração Pública, não reclama, contudo, o reconhecimento de ato de improbidade administrativa, apesar de implicar clara violação ao princípio da legalidade. Assim fosse, todo tipo penal praticado contra a Administração Pública, invariavelmente, acarretaria ofensa à probidade administrativa [...] (STJ. REsp 1075882/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

3.3. Desvio de finalidade causador de prejuízo ao Erário por culpa *stricto sensu*

O desvio de finalidade causador de prejuízo ao Erário ocorre quando há descompasso entre a atuação do gestor público e a finalidade colimada para o ato administrativo (o que pode ocorrer de forma não intencional), e que causa um prejuízo acentuadamente grave à Administração Pública, motivo pelo qual o erro, desleixo ou omissão que deram causa ao prejuízo exigem a responsabilização do gestor que cometeu o ato em uma das penas do art. 12 da Lei nº 8.429/92. Não se trata de mera irregularidade, mas de ilegalidade capaz de prejudicar a Administração Pública. Esse desvio ocorre “por despreparo ou descompromisso com o uso racional dos bens coletivos, tomam decisões que se mostram danosas ao bem comum” (SARMENTO, 2002, p. 85). O desvio de finalidade, neste caso, alcança um patamar mais elevado, cuja sanção pode e deve ser amenizada em face da ausência de dolo.

É um tipo de desvio de finalidade que se encontra em um patamar acima do anterior. A diferença do desvio de finalidade por equívoco funcional para o desvio de finalidade causador de prejuízo ao Erário por culpa *stricto sensu* é bastante simples.

No primeiro, está expressa a vontade livre e deliberada de realizar o ato administrativo de uma forma que se acredita ser a correta. Existe, no ideário do agente público, o conceito errado de como realizar um ato administrativo. Por exemplo: uma determinada licitação deveria ser realizada por pregão, mas o agente público responsável realiza um concurso, sem causar prejuízo à Administração. Assim, tal agente acaba por agredir algum dos princípios da administração pública, tais como a legalidade e a eficiência.

No entanto, não há que se falar em improbidade, pois esta é espécie de imoralidade qualificada, entendimento pacificado no STJ, *in verbis*:

O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé (BRASIL, STJ. REsp 269.683/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina).

Isto não implica em ausência de responsabilização do agente, que geralmente responde administrativamente por seu erro. No segundo tipo de desvio existe o erro e o agente teve boa-fé em sua conduta, mas causou prejuízo ao Erário (hipótese do art. 10 da Lei nº 8.429/92), diga-se, mais gravoso, motivo pelo qual precisa ser punido. Neste sentido, acompanhe-se o acórdão subsequente:

[...] Houve a comprovação da autoria e da materialidade de atos de improbidade, enquadrados nos artigos 10, XI, e 11, "caput", da Lei nº 8.429/92. 4. Confessadamente, não ocorreu a aplicação do percentual mínimo de 60% (sessenta por cento) do Fundo, na forma do artigo 7º, da Lei nº 9.424/96. **Não se comprovou em que foi utilizada uma parte dos valores repassados, outra parcela não foi empregada para a finalidade a que se destina o mencionado Fundo e ocorreram outras irregularidades de menor relevância (recursos alusivos ao exercício de 2000 serviram para quitar restos a pagar de 1999 e remanesceu saldo, quanto ao mencionado exercício, em contrariedade à anualidade do Fundo) [...]. De qualquer sorte, o aludido artigo 10 contempla a possibilidade da condenação, também, quando o agente labora com culpa [...].** A dosimetria da pena merece ajustes, diante do reconhecimento da significativa redução do dano causado ao erário. Ressarcimento limitado aos gastos sem qualquer comprovação (R\$ 22.516,77), excluindo-se os valores referentes aos dispêndios irregulares, em desacordo com as normas do FUNDEF, mas constatados. Redução da multa civil para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Afastamento da perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos. 7. Apelação parcialmente provida [...] (TRF-5. AC 200983020017628, Terceira Turma, Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, Grifo meu).

Esse tipo de desvio, ainda que cause prejuízo, não é o mais grave, eis que existem casos de desvios de finalidade teratológicos, gravíssimos, onde a vontade de causar prejuízo ao Erário, ofender os princípios da Administração Pública ou mesmo enriquecer ilicitamente se torna visível diante da forma que os atos administrativos foram realizados, e este tipo mais grave é o que merece as mais duras reprimendas previstas na Lei nº 8.429/92.

3.4. Desvio de finalidade teratológico

Este tipo de desvio é o que se caracteriza quando o agente público “é o intoleravelmente incompetente, que incorre em erros crassos, grosseiros” (OSÓRIO, 2005, p. 27). Nesse caso, “o erro crasso pode servir de fachada para a desonestidade mais abjeta. Ambientes dominados por ineficiência endêmica são, não raramente, infectados com espantosa naturalidade pelo vírus da corrupção” (OSÓRIO, 2005, p. 27). Os atos

administrativos são realizados de forma que fica evidente a vontade dolosa do agente em realizar um fim diverso do originalmente previsto para o ato administrativo, de forma que causa um prejuízo ao Erário de proporções consideráveis. A realização do ato administrativo em desconformidade com a finalidade legal quase sempre estará acompanhada de um repentino aumento no patrimônio do agente, configurando o seu enriquecimento ilícito. Neste sentido Osório observa:

Não raro, a desculpa do profissional corrupto ou desonesto é a incursão no erro grosseiro, como se houvesse liberdade para tanto; por isso, resulta frequentemente patética a assertiva de que o sujeito não sabia, simplesmente errou e não poderia ser punido pela transgressão, quando todos os indícios e provas apontam uma indesculpável e absurda desídia funcional, merecedora de todas as censuras. Não é por outro motivo, vale insistir, que se percebe a íntima relação entre ambientes descontrolados, dominados por ineficiência crônica, e ambientes desonestos; portanto, observa-se que a desonestidade potencializa-se em meio ao descalabro e à ineficiência disseminada e tem múltiplas vertentes, desde a parcialidade, até a virtual convergência de interesses, profissionais ou de outra índole, entre o perito e o tipo de problema que lhe é apresentado para resolver (OSÓRIO, 2005, p. 27).

Um bom exemplo pode ser descrito a seguir. Dirigentes de um determinado órgão público verificaram que havia um enorme patrimônio inutilizado em uma das sedes do mesmo. Decidiram realizar um leilão para a venda daqueles bens, considerados inúteis. Para isso, seguiram todos os trâmites legais, com o lançamento de um edital com a lista dos bens que seriam leiloados. No entanto, com a proximidade do leilão, os dirigentes decidiram incluir outros bens diversos daqueles previstos no edital, e note-se, bens que estavam em pleno uso pela Administração Pública, e que valiam muito mais do que aqueles originalmente previstos. O resultado deste leilão foi que bens necessários da Administração Pública foram vendidos a um preço muito pequeno, causando um prejuízo incalculável (Cf. TJ/AL. ACP nº 0014786-11.2006.8.02.0001).

Proposta a ação de improbidade pelo *parquet*, em desfavor dos dirigentes e funcionários que participaram da venda ilegal, a sentença do *juízo a quo* chegou à conclusão de que os dirigentes possuíam plena consciência de que estavam cometendo atos ímprobos, eis que os elementos e provas apontavam nesse caminho, de forma cristalina. As lesões ao ordenamento jurídico e à sociedade que foram causadas com as condutas dos réus foram de consideráveis proporções, tanto que houve grave violação à legalidade e frontal desrespeito à instituição pública em questão.

Observe-se que na mesma sentença foi possível extrair tanto o desvio de finalidade teratológico como o causado por um simples equívoco funcional, pois haviam funcionários de escalões mais baixos que auxiliaram na venda ilegal dos bens com total desconhecimento da fraude perpetrada pelos dirigentes, motivo pelo qual alguns réus foram absolvidos.

Portanto, conclui-se que neste tipo de desvio de finalidade, o ato cometido vai muito além de um equívoco cometido pelo agente, pois se trata, em verdade, de uma ineficiência que esconde em si a vontade de causar prejuízo ao Erário, enriquecer ilicitamente e/ou lesar aos princípios da Administração Pública.

CONCLUSÃO

A análise dos princípios da legalidade e da moralidade revela que é preciso observar limites de duas naturezas para a consecução dos atos administrativos: limites de natureza legal, que implicam na serviência a uma série de regras e institutos previstos na regra de competência, e de natureza moral, que requerem um atuar ético do agente público. Desta forma, a inobservância destes limites quando da realização do ato administrativo poderá configurar um ato de improbidade.

A verificação da existência ou não de ato ímprobo depende também da gravidade do desvio perpetrado. Ao estabelecer padrões de desvio de finalidade, se possibilita uma aferição mais justa e precisa do ato ímprobo cometido. Assim, no momento da sentença, o magistrado poderá tomar diferentes caminhos. Primeiramente, ele poderá se valer do conceito de desvio de finalidade por equívoco funcional para afastar a tipicidade. Em um segundo momento, poderá considerar o agente como ímprobo, em face de possuir culpa *stricto sensu*, mas lhe dará uma sanção mais branda, em face da não intencionalidade de sua conduta e/ou do dano mínimo causado à Administração Pública. Por fim, haverá casos em que o resultado da prática do ato administrativo ficará muito distante do que estava originalmente previsto, denotando um desvio de finalidade teratológico, com sanções severas ao agente.

Da análise de casos concretos importantes ou paradigmáticos, da jurisprudência judicial e administrativa, da doutrina e de normas análogas, bem como do direito comparado, pretendeu-se construir um caminho geral para o diagnóstico da improbidade, identificando-a como um fenômeno recorrente e lhe aplicando remédios específicos. Assim, o melhor caminho para delinear a extensão do ato de improbidade é traçar uma valoração do desvio de finalidade cometido, para assim identificar aqueles atos passíveis de punição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DECOIMAN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. Atualizado por AZEVEDO, Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa – Má gestão, corrupção e ineficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade e Controle Principlológico**. Curitiba: Juruá, 2006.

VELLOSO, Galba. **Desvio de Poder**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Artigos

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Cânones do Direito Administrativo**. *In: Revista de Informação Legislativa*, 1988, n. 97/5, Brasília Lei nº 8.429/92: Senado Federal, p.5-52.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Direitos Fundamentais Sociais: Reserva do Possível e Controle Jurisdicional**. *In Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre: PGE, p. 123-138, v. 1-9, 1979.

Artigos eletrônicos

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **O princípio da reserva do possível como aspecto econômico a ser observado na efetivação do direito à saúde.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21072/o-principio-da-reserva-do-possivel-como-aspecto-economico-a-ser-observado-na-efetivacao-do-direito-a-saude#ixzz2holYUoTB>>. Acesso em: 15/10/2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia di Zanella. **Pressupostos do Ato Administrativo – Vícios, Anulação, Revogação, e Convalidação de Processo Administrativo.** Disponível em <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia4.htm>. Acesso em: 01/12/2012.

MULLER, JúLei nº 8.429/92 Carolina; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O amicus curiae e o custo dos direitos: a relevância do instituto nas causas que implicam custos excessivos para o estado e as escolhas em meio à escassez de recursos.** *In Revista Jovens Pensadores.* Santa Cruz do Sul: v. 1, 2010. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/2254/1627>>. Acesso em: 01/10/2013.

OLSEN, Ana Carolina. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em: 15/10/2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei Federal 8.429/92.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/fabio-medina-osorio/improbidade-administrativa-reflexoes-sobre-laudos-periciais-ilegais-e-desvio-de-poder-em-face-da-lei-federal-842992>>. Acesso em: 30/09/2013, p.5.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 01/10/2013.

SAULE JR, Nelson. **A Participação dos Cidadãos no Controle da Administração Pública.** Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/840/840.pdf>>. Acesso em 23/09/2013.

Jurisprudência

BRASIL, STF. AI 842925 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20622901/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-842925-sp-stf>>. Acesso em 01/10/2013.

BRASIL, STF. Informativo 345, de 26 a 30 de abril de 2004, Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 01/10/2013.

BRASIL, STJ. Informativo n. 0376. Período: 10 a 14 de novembro de 2008, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<http://divisaoinformativos.wordpress.com/tag/informativo-stj-376/>>. Acesso em: 01/10/2013.

BRASIL, STJ - AgRg no AREsp 184.147/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22352852/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-184147-rn-2012-0111058-0-stj/inteiro-teor-22352853>>. Acesso em 01/10/2013.

BRASIL, STJ. AgRg no AREsp 73.968/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22584480/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-73968-sp-2011-0261049-5-stj/inteiro-teor-22584481>>. Acesso em: 01/10/2013.

BRASIL, STJ. MC: 4193/SP 2001/0116624-0, Segunda Turma, Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7751210/medida-cautelar-mc-4193-sp-2001-0116624-0-stj>>. Acesso em 01/10/2013.

BRASIL, STJ - REsp 1080221/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16/05/2013.

BRASIL, STJ. REsp 269.683/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7282719/recurso-especial-resp-269683-sc-2000-0076618-6-stj>>. Acesso em 01/10/2013.

BRASIL, STJ. REsp 1075882/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17552757/recurso-especial-resp-1075882-mg-2008-0161145-3>>. Acesso em: 01/10/2013.

BRASIL, TJ/RS. Apelação Cível Nº 70012886412, Vigésima Primeira Câmara Cível, Min. Rel.: Genaro José Baroni Borges. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8589975/recurso-especial-resp-892818-rs-2006-0219182-6/relatorio-e-voto-13674661>>. Acesso em: 01/10/2013.

BRASIL, TRF-5. AC 200983020017628, Terceira Turma, Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23373668/ac-apelacao-civel-ac-200983020017628-trf5>>. Acesso em: 01/10/2013.

Notícias

CNJ. Meta 18 fez Judiciário priorizar combate à improbidade, destaca conselheiro.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26326-meta-18-fez-judiciario-priorizar-combate-a-improbidade-destaca-conselheiro>>. Acesso em: 15/10/2013.

Código de Conduta Europeu. Disponível em: <<http://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#/page/1>> e em <Disponível em: <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=14862>. Acesso em: 27/05/2013>. Acesso em 03/04/2013.

Governo Federal. **Metodologia de Gerenciamento de Projeto do SISP.** Disponível em: <www.sisp.gov.br>. Acesso em: 01/10/2013.

Significado de Administração. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/administracao/>>. Acesso em: 01/10/2013.

STJ. Não se aplicam sanções da Lei de Improbidade em casos de mera irregularidade administrativa. Disponível

em:<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=10256

1. Acesso em: 30/09/2013.

Normas jurídicas

Brasil, Lei nº 8.429 de 02 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *In* Planalto Federal, 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 24/09/2013.