

A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO

THE ADMINISTRATION PROBITY AS A FUNDAMENTAL COLLECTIVE RIGHT

Ana Cristina de Melo Silveira¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva trazer algumas reflexões sobre a probidade administrativa na perspectiva de direito fundamental difuso. Tal compreensão mostra-se relevante em um contexto de Estado Democrático de Direito. A forma como os agentes públicos exercem suas funções, assim como os próprios administrados se relacionam com a Administração Pública afeta o interesse de toda a coletividade. As inovações trazidas pela Constituição da República de 1988 contribuem para a afirmação de que a probidade administrativa é um direito fundamental e permite a revisitação das relações entre agente público e administração e entre administrados e a Administração Pública. O presente trabalho utiliza-se de doutrina e decisões dos tribunais.

Palavras-chave: Proibidade administrativa – Estado Democrático de Direito - Direito Difuso

ABSTRACT

The present paper intends to bring up some reflections about the administration probity as a fundamental collective right. That comprehension is relevant in a Democratic Stated of Law context. The way how the public agents exert their functions, as well as the citizens themselves relate with the public administrations affects the interest of the roll community. The innovations brought for the Constitutions of the Republic of 1988 contribute to the statement that the administration probity is a fundamental right and allows to revise the relations between public agents and also the between citizens and public administration. The present paper uses doctrine and Courts decisions.

Key words: Administration probity – Democratic State of Law - Class action

¹ Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. Endereço eletrônico: anamelosilveira@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Em um país em que a democracia é direito recorrentemente violado, é preciso que os operadores do Direito brasileiros voltem os olhos para a importância da efetividade dos direitos e garantias fundamentais individuais e, especialmente, coletivos para a realização do Estado Democrático de Direito na sua concepção material.

Nessa esteira, a probidade administrativa se destaca como um instrumento para a efetividade material. A forma como os agentes públicos atuam, nas várias esferas do poder estatal, reflete diretamente no interesse de toda a coletividade.

Assim, o presente trabalho busca tecer algumas reflexões que permitem compreender a probidade como um direito fundamental coletivo difuso.

Para tanto, procurar-se-á, em um primeiro momento perquirir como a doutrina e a jurisprudência têm compreendido a probidade administrativa. Em seguida, far-se-á uma breve análise da normatividade dos princípios para a questão em debate, assim como uma rápida incursão dos seus principais princípios disciplinadores.

Na sequência, ocupar-se-á de analisar algumas das inovações trazidas pela Constituição da República de 1988 que influenciam profundamente o estudo da probidade administrativa.

Por fim, será ressaltada a possibilidade e importância da compreensão da probidade administrativa no contexto do Estado Democrático de Direito.

2 A PROBIDADE

O termo probidade origina-se do latim *probus* que significa aquilo que brota bem, denotando algo que tem boa qualidade.

Para os romanos, improbidade relacionava-se à ausência de *existimatio*, que atribui aos homens bom conceito. *E sem “existimatio”, os homens se convertem em “homines*

intestabiles”, tornando-se inábeis, portanto, sem capacidade ou idoneidade para a prática de certo atos².

A doutrina leciona que, como derivação do designativo individual (*probus*) tem-se a variante caracterizadora dessa qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham probidade.

Assim, probidade significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade. Outros países adotam sentido similar, como a Espanha (*probidad*), a Itália (*probitá*), a França (*probité*) e os Estados Unidos da América (*integrity*)³.

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta a definição exata do que seja probidade, de forma que tal tarefa ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência. Em decorrência disso, há celeuma quanto à conceituação do tema.

A coibição à improbidade administrativa está prevista constitucionalmente no art. 37, §4º da Constituição da República de 1988⁴, sendo regulamentada infraconstitucionalmente pela Lei 8.429/1992 e pela Lei 4.717/65.

Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça tem associado a improbidade administrativa a atos desonestos⁵ e à imoralidade qualificada⁶.

² GARCIA, Emerson; In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 Ed., 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

³ GARCIA, 2013, p. 177-178.

⁴ Art. 37, §4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função administrativa, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas na lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁵ Nesse sentido, vejamos alguns julgados. No Resp. nº 1.023.904/RJ, de relatoria do Min. Luiz Fux, aquele Tribunal afirmou que *probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer*. Nesse mesmo sentido, o REsp. nº.1.075.882/MG, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima: *A Lei de Improbidade Administrativa visa a tutela do patrimônio público e da moralidade, impondo aos agentes públicos e aos particulares padrão de comportamento proba, ou seja, honesto, íntegro, reto*. Ainda, REsp. nº. 1416313/MT, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho: *a improbidade é, dest'arte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave*. Da mesma forma, MS 13520/DF, rel. Min. Laurita Vaz: *A improbidade administrativa é imputação que deve ter como escopo a punição do agente público desonesto e desleal, cuja conduta esteja inquinada pela deslealdade, desonestidade, má-fé e desrespeito aos princípios da administração pública, tendo como objetivo manifesto a obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem em flagrante prejuízo ao erário*.

⁶ Assim, extrai-se do AgRg no AREsp 176178/PI, de relatoria do Min. Humberto Martins: *A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem*. Ainda, REsp. 1023904 / RJ, rel. Min. Luiz Fux: *Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem(...)*. Da mesma forma, REsp.1089911/PE, rel. Min. Castro Meira: *A Lei nº 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional(...)*.

Parte da doutrina entende que a probidade administrativa é uma espécie qualificada de moralidade administrativa.

Nesse sentido, Marcelo Figueiredo afirma que a probidade administrativa é corolário da moralidade administrativa. Corresponde ao dever do agente público de servir à coisa pública, à Administração, com honestidade, com boa-fé, exercendo suas funções de modo lícito, sem aproveitar-se do Estado, ou das facilidades do cargo. Assim, a probidade, como espécie qualificada da moralidade administrativa, seria o aspecto pessoal-funcional da moralidade administrativa⁷.

Cerqueira, embora defina “improbidade” administrativa, afirma se tratar de uma violação ao princípio da moralidade administrativa, o que permite classificá-la como uma imoralidade administrativa qualificada, na medida em que, somente as condutas tipificadas na Lei 8.429/92, art. 9º ao art. 11, podem ser consideradas atos de improbidade administrativa⁸.

Coaduna com esse posicionamento José Afonso da Silva para quem a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, exercendo suas funções sem se aproveitar dos poderes ou facilidades dela decorrentes. Assim, a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário⁹.

Emerson Garcia entende que é necessário buscar novas perspectivas para a compreensão da probidade como mera especificação do princípio da moralidade administrativa.

Afirma que o referido princípio não é o único elemento a ser analisado, devendo, ainda, ser observada a normatização¹⁰ existente, o que inclui toda a ordem de princípios. Quando muito, pode-se dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais é limitado por esta.

Acrescenta que o conceito deve abranger, com igual importância e intensidade, referenciais instrumentais e finalísticos. Nessa esteira

⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa** – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

⁸ CERQUEIRA, Luis Otávio. In. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CEQUEIRA, Luiz Otávio Serqueira de, GOMES Júnior, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 36.

⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 649.

¹⁰ O autor utiliza a expressão “princípio da juridicidade” em vários momentos da obra para se referir ao conjunto de todas as regras e princípios a que devem estar circunscritos os atos do Poder Público. Dentre os princípios englobados pela juridicidade citam o da impessoalidade, o da publicidade, o da eficiência, o da supremacia do interesse público, o da razoabilidade, o da legalidade, o da moralidade, o da proporcionalidade, os quais serem tratados adiante neste trabalho. In. Op. Cit. p. 102.

a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-la. O amálgama que une meios e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de oq sentido, é justamente a probidade administrativa¹¹.

Mesmo que não se possa extrair da doutrina e da jurisprudência um conceito homogêneo, é possível inferir das concepções apresentadas que a probidade administrativa relaciona-se à atuação do agente público no exercício de suas funções. Conseqüentemente, esse exercício afeta o resultado final do ato administrativo, podendo satisfazer o interesse público ou, de alguma forma, contrariá-lo.

Nesse contexto, a probidade gera reflexos diretamente na realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Ademais, está intrinsecamente associada à ideia de Estado Democrático de Direito, apresentando-se como um verdadeiro direito difuso, como se verá no decorrer deste trabalho.

Exsurge a importância de se debater os contornos, vetores e o próprio conteúdo da probidade administrativa. As controvérsias doutrinárias também não impedem, mas ao contrário, afinam-se no sentido de ser a probidade administrativa como um direito fundamental difuso, como se pretende demonstrar neste artigo.

3 OS PRINCÍPIOS REGENTES DA PROBIDADE

O art. 37, *caput*, da Constituição impõe à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes de todos os entes que compõem a federação a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, em seu art. 4º ratifica o mandamento constitucional, especificando o dever dos agentes públicos de observar os princípios constitucionais relacionados à probidade administrativa.

A probidade administrativa tem vetores básicos que a orientam. Mesmo que se verifiquem princípios suscitados doutrinariamente, observa-se que o constituinte preocupou-se em estatuir expressamente aqueles que deveriam ser necessariamente observados pelo agente público. Nessa linha, o art. 37, *caput*, da CR/88 elenca um rol de princípios que devem

¹¹ GARCIA, Emerson; In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

ser respeitados na administração pública, quais sejam, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência¹².

Relevante verificar o conteúdo dos princípios regentes da probidade administrativa. Tendo em vista os objetivos deste trabalho, serão tecidas considerações apenas acerca dos princípios previstos no caput do art. 37, da Constituição de 1988 e ao princípio da proporcionalidade.

Será dedicado maior enfoque ao princípio da moralidade administrativa. Primeiramente, devido à grande afinidade entre o princípio e a própria concepção de probidade. Nesse sentido, como já consignado anteriormente, parte da doutrina entende que a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada e outros a entendem de forma mais ampliada.

Desta relevância quando se verifica que a Constituição de 1988 elevou a moralidade administrativa a princípio regente da Administração Pública.

Trata-se de conteúdo bastante fluido, apresentando grandes dificuldades em alguns casos para se detectar ou se comprovar sua violação.

A importância atribuída à referida norma é corroborada ainda, como ressaltado por Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, por se vivenciar um período de indubitosa crise de grandes proporções na moralidade administrativa.

3.1 A importância dos princípios para o tema

Para se abordar o tema probidade administrativa, faz-se importante, mesmo que de forma breve, analisar a normatividade dos princípios, assim como sua importância para o ordenamento jurídico.

A partir da concepção de Ronald Dworkin, pode-se entender que o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, recaindo sobre ambos a imperatividade da ordem jurídica.

¹² GARCIA, Emerson; In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

¹³ Afirmação posta no prefácio à obra BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Enquanto as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, os princípios enunciam uma razão que conduz, com uma dimensão de peso, um argumento em certa direção. Configuram “padrões que devem ser observados porque são uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁴.

Ao definir os princípios, Dworkin permite uma aproximação entre o direito e os valores morais e sociais. Os princípios densificam valores, atribuindo-lhes coercibilidade jurídica.

Emerson Garcia esclarece a importância da inclusão dos princípios na categoria das normas jurídicas para o tema da moralidade e probidade administrativa, sob a perspectiva Dworkiniana.

Afirma que o princípio incidirá diretamente sobre a esfera de determinado bem jurídico, possibilitando a integração da regra, aclarando o seu significado linguístico e delimitando o seu objeto. Nesse sentido, avulta sua importância, já que o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, e esta é composta por regras e princípios, os quais, com seus respectivos graus de determinabilidade, deverão ser observados pelo agente público. Além dessa função normativa, a concreção da regra, delineada e limitada pelo princípio, terminará por direcionar e corrigir o comportamento do agente público¹⁵.

Dessa forma, todos os atos dos agentes públicos devem ser valorados em conformidade com as regras e princípios que regem a atividade administrativa.

Importante observar que a maioria das regras que subordina os agentes públicos tem natureza infraconstitucional. Já os princípios, em sua maior parte, estão previstos na Constituição da República de 1988, irradiando efeitos para os demais princípios e regras que dela emanam. Por essa razão, além dos métodos de hermenêutica, a identificação da validade e da própria legitimidade dos atos do Poder Público torna imperativa a prévia análise dos princípios constitucionais¹⁶.

Flávia Piovesan também ressalta a importância da concepção de princípios trazida por Dworkin, demonstrando sua relevância para a hermenêutica constitucional. Defende que o ordenamento jurídico é um sistema composto por regras e princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico. Assim, a

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

¹⁵ GARCIA, Emerson; In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

¹⁶ GARCIA, 2013, p. 99.

interpretação constitucional deve ser norteada por princípios fundamentais, de modo a salvaguardar, da melhor maneira, os valores protegidos pela ordem constitucional¹⁷.

Luiz Roberto Barroso afirma que Dworkin provocou uma mudança de paradigma. A elaboração da distinção qualitativa entre regra e princípio tornou-se um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista. A Constituição passa, então, a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central¹⁸.

Dessas premissas, observa-se a importância dos princípios para a análise, interpretação e aplicação do regramento constitucional e infraconstitucional da probidade administrativa.

Não se pode perder de vista que, com o Estado de Direito, os atos da Administração passaram a ter fundamento de validade na norma.

3.2 O princípio da moralidade

A expressão “moral” pode ser usada em vários sentidos, referindo-se à moral comum, aos costumes e à ética. Entretanto, não se pode confundir a concepção jurídica com as demais possíveis.

A relação entre direito e moral existe de longa data, já havendo referências desde a Roma antiga¹⁹.

A moral comum pode ser entendida como o conjunto de valores comuns compartilhados pelos membros da coletividade, cujo conteúdo é compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção²⁰.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, vol. 833, Mar/2005, p.41

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.284

¹⁹ Emerson Garcia informa que, embora os romanos não fizesse nítida distinção entre moral e direito, é possível encontrar referências àquela, como, por exemplo, nos textos de Ulpiano, que traziam o adágio dos deveres jurídicos de viver honestamente, não lesar outrem e dar a cada um o que é seu. GARCIA, Emerson; In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

²⁰ GARCIA, 2013, p. 127.

Como defende parte da doutrina, diferencia-se da moral jurídica, especialmente, no que se refere à coercibilidade e à segurança jurídica.

Márcio Cammarosano afirma que o Direito é uma ordem coativa do comportamento humano e, na sua concepção democrática, como a adotada pelo sistema constitucional brasileiro atual, deve consubstanciar normas com predeterminação formal, em razão dos valores de certeza e segurança jurídica. Isso propicia, no âmbito da administração pública, um mínimo de certeza e segurança para os administradores e administrados quanto às regras que devem pautar seu comportamento²¹.

Emerson Garcia também chama a atenção para essa diferenciação, afirmando que a moral atua nos aspectos legislativos e de aplicação do Direito. Por meio dela, é possível identificar e proteger os que estão de boa-fé e, concomitantemente, punir os que agem com malícia e fraude. Ela vai além da propedêutica do Direito, pois, muitas vezes, penetra no mundo jurídico e, com o auxílio do poder de coerção estatal, ganha obrigatoriedade²².

Há certo consenso na doutrina de que o impulso inicial na estruturação da moralidade administrativa deve-se a Maurice Hauriou²³, quem cunhou a doutrina sobre o tema pela primeira vez no Conselho de Estado da França.

Hauriou desenvolveu a ideia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de realização do interesse público. Para tanto, imprescindível a construção de mecanismos de contenção a esse fim. Afirmou que o desvio de poder não se reduziria à legalidade, já que o objetivo da função administrativa é determinado muito mais pela moralidade do que pela lei²⁴.

As argumentações de Hauriou foram formuladas com a finalidade de fundamentar o controle dos atos discricionários eivados de desvio de poder pelo Conselho de Estado da França²⁵.

Há várias críticas ao pensamento²⁶, as quais não serão objeto do presente trabalho, haja vista o fim ora proposto. Contudo, havendo ou não erros nas concepções daquele jurista,

²¹ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 43.

²² GARCIA, Emerson; In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

²³ Nesse sentido. GARCIA, 2013, p. 130; CAMMAROSANO, 2006, p. 66; GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade Administrativa e a boa-fé da Administração Pública**, 2 ed. São Paulo: Malheiros 2013, p. 54; SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 648.

²⁴ GARCIA, Op. Cit. p. 131.

²⁵ Emerson Garcia informa que a moralidade administrativa nunca auferiu grande prestígio na doutrina e na jurisprudência francesa, já que os vícios relacionados a ela são vistos como vícios de legalidade interna. Apesar disso, pode-se afirmar que o controle da moralidade administrativa sugerido por Hauriou é efetivamente exercido, mesmo que enquadrado na epígrafe de exame de legalidade. Op. Cit p. 135.

suas ideias serviram como provocação para que a doutrina passasse a se dedicar e debater a moralidade administrativa.

Importante averiguar como a doutrina atualmente vem conceituando e definindo o princípio ora em análise.

Emerson Garvia entende que se trata de *standarts*²⁷ de conduta. Partindo da premissa de que o alicerce ético do bom administrador é retirado do próprio ordenamento jurídico, afirmam que o princípio da moralidade atua como verdadeiro mecanismo aglutinador que, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal, condensa-se em *standarts*, mais facilmente percebidos do que definidos²⁸.

A essência da moralidade administrativa está em limitar e direcionar a atividade administrativa, tonando imperativo que os atos dos agentes não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, permitindo, assim, a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Figueiredo entende que o princípio da moralidade é gênero do qual a probidade é espécie. Afirma que o atendimento aos deveres de honestidade e lealdade acata o referido princípio²⁹.

José dos Santos Carvalho Filho vincula o princípio da moralidade administrativa ao dever do administrador e também dos administrados em seguir os preceitos éticos. Estes devem não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto³⁰.

Há quem aponte aspectos objetivo e subjetivo do princípio em questão. O aspecto objetivo veicula a boa-fé objetiva, exigindo um comportamento positivo da Administração e

²⁶ Críticas a Hauriou são apontadas por GARCIA, Emerson; In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132/134 e por CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.66/68, obras já citadas neste trabalho. Ainda, GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade Administrativa e a boa-fé da Administração Pública**, 2 ed. São Paulo: Malheiros 2013, p.81 e seguintes.

²⁷ O autor esclarece que ao se referirem a *standarts* querem dizer que tal parâmetro não subsiste por si só, sendo imprescindível associá-lo à finalidade própria do ato a ser praticado. Isso porque o administrador de interesses alheios encontra-se vinculado à consecução da finalidade que melhor aprouver ao verdadeiro titular do direito, *in caso*, o interesse público.

²⁸ GARCIA, 2013, p. 138.

²⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118 .

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

impondo-lhe deveres de transparência e lealdade. A face subjetiva impõe um dever de honestidade ao administrador público, podendo-se falar em um dever de probidade³¹⁻³².

De todos os conceitos apresentados acima, verifica-se que o conteúdo do princípio da moralidade é, até certo, ponto fluido. Possui densidade mínima, mas necessita de densificação no caso concreto pelo intérprete, aplicador ou pelo próprio administrador público.

Cammarosano afirma que é preciso fixar o sentido e alcance das normas jurídicas que se valem de conceitos que expressam valores recolhidos da moral, assim como para emitir juízos acerca da adequação dos comportamentos concretos a essas mesmas normas.

O princípio da moralidade administrativa, como norma que alberga valores morais, para sua inteligência e aplicação depende da perquirição do senso moral prevalente em dada sociedade e em determinado momento histórico³³.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que não cabe ao administrador, diante de conceitos vagos ou imprecisos, atribuir-lhes interpretação e aplicação dissonante do conteúdo que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como correspondente. Ademais, tal contextualização abrange o plexo total das normas jurídicas³⁴.

A doutrina acrescenta ainda que, além de se considerar os valores norteadores do sistema jurídico, o agente público tem o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa³⁵. Tal noção acrescenta índole eminentemente ideológica ao conceito de moralidade administrativa.

Essas premissas destacam a importância do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação do princípio da moralidade no caso concreto.

3.3 Princípio da legalidade administrativa

³¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública** – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 320.

³² Na obra ora citada, Giacomuzzi propõe uma diferenciação entre a moralidade aludida no art. 5º, LXXIII daquela do caput do art. 37, ambas da Constituição de 1988. O art. 5º se apresenta como suporte fático da norma jurídica, remetendo o intérprete à LAP. Já o art. 37 haveria positivado um princípio jurídico, norma esta que deve ser analisada no campo deontológico, axiológico e teleológico.

³³ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 79.

³⁴ Afirmção posta no prefácio à obra BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 30.

³⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136.

O princípio da legalidade é uma das diretrizes básicas da conduta dos agentes públicos. Parte da doutrina o concebe como o mandamento segundo o qual toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Assim, o princípio denota que só é legítima a atividade do administrador se estiver condizente com o disposto na lei³⁶.

Essa vinculação à lei surge a partir do Estado de Direito, quando o Estado passa a se submeter às próprias leis que edita.

O princípio da legalidade, nas palavras de José Afonso da Silva, é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Ressalta que a submissão à lei deve estar ligada à realização do princípio da igualdade e da justiça, em busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.

O regime de garantias constitucionais condiciona a atividade administrativa, prescrevendo uma série de normas que procuram dar efetiva consistência ao princípio da legalidade, desde sua expressa e específica previsão no caput do art. 37 correlacionado com os demais princípios ali previstos, até a afirmação do devido processo legal e do contraditório em processo administrativo³⁷.

Ao comentar a Lei de Improbidade Administrativa, Cerqueira dispõe que o princípio em questão não deve ser analisado de forma superficial, pois assim o fazendo, poder-se-ia concluir que a simples inobservância da lei poderia caracterizar ato de improbidade.

Afirma que para a caracterização do ato ímprobo, a conduta do agente deve corresponder a uma das condutas previstas nos art. 9º a 11 da LIA, qualificada ainda pelo elemento subjetivo da culpa ou do dolo. Nem todo ato praticado sem observância da lei caracteriza improbidade administrativa, pois pode não decorrer de uma conduta imoral, dolosa e não causar qualquer prejuízo ao erário³⁸.

Nesse sentido, firmou-se o posicionado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Ação de Improbidade Administrativa nº. 30I, cujo julgamento se deu

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

³⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 426-427.

³⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES Júnior, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

em 21/09/2011. No acórdão recente, AgRg no AREsp 206256/RJ, de lavra do Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22/03/2014, a posição é mantida.³⁹⁻⁴⁰

Garcia apresenta uma concepção dicotômica do princípio da legalidade. Na primeira perspectiva, pode ser entendido como uma relação de compatibilidade do ato com a lei, resultando na não contrariedade dos preceitos normativos. Na segunda, é concebido como uma relação de conformidade do ato com a lei, o que somente legitima a atuação estatal se houver previsão normativa e na medida em que os atos praticados se mantiverem adstritos aos seus limites.

Assim, a conformidade pressupõe antecedência da lei e corresponde aos seus prismas formal e material. Em sentido negativo, a legalidade limita a atividade administrativa. Em sentido positivo, a administração só pode fazer o que lhe é permitido. Conclui que

Devendo a administração perseguir a realização do interesse público, a legalidade administrativa não é entendida somente como uma regra de conduta negativa, tal qual aquela que é imposta aos indivíduos (de não agir com objetivos ilícitos), mas como uma diretiva positiva impondo aos administradores uma certa filosofia, um certo estado de ânimo, cuja relevância será vista quando estudarmos o princípio da moralidade administrativa⁴¹.

3.4 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade direciona-se tanto à Administração Pública, como aos administrados em geral.

Remete ainda à ideia de que o autor dos atos estatais é o órgão ou entidade, e não a pessoa do agente público.

Carvalho Filho afirma que o princípio objetiva a igualdade de tratamento que a administração deve dispensar aos administrados que estiverem em situação jurídica idêntica.

³⁹ “Como se verifica do seguinte trecho: O entendimento do STJ é no sentido de que “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10”.

⁴⁰ O posicionamento do STJ continua sendo ratificado, como se verifica dos acórdãos: AgRg no AREsp 206256/RJ, D.J. 22/03/2014; REsp 1414933/RJ, D.J. 26/11/2013; REsp 984808/SP, D.J. 15/10/2013; REsp 1248529/MG, D.J. 03/09/2013; AgRg no REsp 1352541 / MG, D.J. 05/02/2013; AgRg no AREsp 73968/SP, D.J. 02/10/2012.

⁴¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136.

Para que haja verdadeira impessoalidade, a atividade administrativa deve voltar-se exclusivamente para o interesse público, vendando-se qualquer tipo de favorecimento de um indivíduo em detrimento de outro⁴².

Ao encontro dessas afirmações, Emerson Garcia acrescenta que, havendo concorrência ou conflito de interesses entre administrados, as especificidades e qualidades pessoais de cada um dos envolvidos somente deve influir no correto delineamento dos aspectos objetivos subjacentes ao caso concreto, não sendo possível lançar mão de pré-conceitos que culminem na desconsideração da ordem jurídica e do bem comum.

Portanto, a atividade estatal deve perseguir sempre o objetivo da satisfação do interesse público, sendo vedada a prática de atos discriminatórios que busquem unicamente a implementação de um interesse particular.

O autor lembra que a quebra da pessoalidade por parte do agente público rompe com o paradigma de se atribuir ao órgão ou entidade a autoria dos atos praticados. A atuação do agente público somente está amparada pelo direito, incluindo o princípio da pessoalidade, enquanto adstrito a ele. Rompido o dever jurídico subjacente ao *status* funcional, o agente passa a ser regido por uma sistemática legal cuja incidência é deflagrada com a prática do ato ilícito. Surge, então, a possibilidade de se exigir a reparação do dano ou de sujeitar o agente a medidas punitivas de natureza penal, administrativa, política e cível⁴³.

3.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, propiciando-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos.

Visa, assim, assegurar a ampla comunicação e informação sobre os atos administrativos⁴⁴.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

⁴³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

⁴⁴ CERQUEIRA, Luis Otávio. In. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CEQUEIRA, Luiz Otávio Serqueira de, GOMES Júnior, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

O sigilo só se torna aceitável nos casos em que for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, como se depreende do art. 5º, XXXIII, da CR/88.

O princípio se aproxima da impessoalidade quando se observa o parágrafo segundo do art. 37 da CR/88. Segundo esse dispositivo, a publicidade de atos, programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos têm por objetivo somente educar, informar e orientar. Assim, fica vedado às autoridades se valerem da divulgação de atos e fatos para a promoção pessoal.

A CR/88 por meio dos instrumentos do direito de petição (art. 5º, LXXII) e das certidões (art. 5º, XXXIV, “b”) possibilitou aos administrados reclamar a publicidade. E ainda que esta não seja atingida por esses dois instrumentos, seja pela negativa de informar ou veiculação incompleta ou incorreta da informação, terá prejudicado os instrumentos constitucionais do mandado de segurança e do *habeas data*.

Com o intuito de fortalecer todas essas garantias, o constituinte assegurou-as independentemente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV, “a” e “b”).

3.6 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi incluído no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº. 19/98.

Carvalho Filho argumenta que com a inclusão o governo pretendeu conferir direitos aos usuários dos diversos serviços públicos prestados pela Administração ou por seus delegados, assim como estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Na verdade, reflete o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação dos vários serviços públicos.

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, impondo-se a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional⁴⁵.

É possível dizer que não se trata propriamente de uma inovação legislativa, como parte da doutrina ressalta. Já se tratava de um princípio implícito já que ínsita ao fim buscado por qualquer ato estatal. Observa-se, inclusive, que já existiam referências ao princípio na própria CR/88, como no art. 74, II que prevê o sistema de controle interno em todos os poderes, no

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 27.

art. 70, caput e §7º, que prevê as atribuições do Tribunal de Contas e o art. 75 que dispõe sobre a prestação de serviço público pelas concessionárias e permissionárias.

São apontadas ainda algumas consequências da inobservância do princípio em questão. Além de comprometer a prestação dos serviços públicos ou a inviabilidade das próprias atividades do Estado, produz efeitos deletérios em grande escala para a sociedade, como é o caso do constante aumento da carga tributária. Ademais, compromete o crescimento socioeconômico do país⁴⁶.

3.7 Princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade

O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são importantes diretrizes para a aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico.

Há certa celeuma na doutrina brasileira sobre a correspondência entre os termos.

Virgílio Afonso da Silva afirma que, embora tenham objetivos semelhantes, expressam construções jurídicas diversas. A razoabilidade teve origem na Inglaterra, configurando-se em um teste muito menos intenso que o da proporcionalidade. Sob a análise da relação entre meio e fim, destina-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.

Já a proporcionalidade⁴⁷ surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão. Apresenta uma *estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida*⁴⁸. Portanto, o autor conclui que a proporcionalidade é mais ampla do que a razoabilidade, pois não se esgota no mero exame da compatibilidade entre meios e fins.

Luiz Roberto Barroso, por sua vez, entende se tratam de expressões correspondentes⁴⁹.

⁴⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110.

⁴⁷ Virgílio Afonso da Silva aponta a divergência entre os que entendem que se trata de um princípio e aqueles que afirmam se tratar de regra da proporcionalidade. Com fundamentação na teoria de Robert Alexy, entende que a terminologia correta é regra da proporcionalidade. Ressalta, ainda, que alguns doutrinadores utilizam o termo como sinônimo de proibição de excesso. . *In*: Entre o Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 2002: 23-50. In< <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em 04/04/2014.

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Entre o proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n° 798, 2002, p. 30.

⁴⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

Mesmo que exista essa divergência doutrinária, tratando-se de regra ou de princípio, de sinônimos ou não, a razoabilidade e a proporcionalidade têm relevante importância, pois permitem a proteção do cidadão contra os excessos ou omissões do Estado, servindo de escudo à defesa dos direitos constitucionais. Por essa razão e pelo fato de a divergência não ser objetivo deste estudo, serão utilizados doravante como correspondentes.

No Brasil, tanto o princípio da razoabilidade quanto o da proporcionalidade não estão previstos expressamente na Constituição da República, mas a doutrina e a jurisprudência têm afirmado sua aplicabilidade como norma constitucional positivada.

Como leciona Paulo Bonavides, a noção de proporcionalidade é inferida de outros princípios que lhe são afins, como aqueles vinculados à natureza dos direitos e garantias fundamentais, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e fazem da Constituição uma unidade inviolável.

O constitucionalista afirma se tratar do ponto mais importante do constitucionalismo contemporâneo, haja vista sua vocação para compatibilizar realidades não apreendidas ou marginalizadas pelo formalismo jurídico com as *necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas*⁵⁰.

Ganha especial relevo na interpretação e aplicação da legislação sancionadora da improbidade administrativa. Como visto nos tópicos anteriores, os princípios que regem a matéria são marcados por notável fluidez. Por outro lado, a interpretação e aplicação literal do texto das leis disciplinadoras podem conduzir a distorções no próprio sistema regente.

A utilização do princípio da proporcionalidade impõe ao operador do direito uma valoração responsável da situação fática, evitando flagrante desequilíbrio entre a conduta do agente que viole os princípios norteadores de sua atividade e as consequências decorrentes da aplicação indiscriminada da Lei 8.429/92. Assim, afigura-se imprescindível estabelecer *critérios passíveis de demonstrar a configuração da improbidade administrativa em uma aceção material, evitando-se a realização de uma operação mecânica de subsunção do fato à norma*^{51 - 52}.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 434.

⁵¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166.

⁵² O autor, ao utilizar as expressões “improbidade formal” e “improbidade material”, esclarece que pretende diferenciar as situações enquadráveis na tipologia da Lei 8.429/92 daquelas que permitirão o efetivo acionamento do seu sistema punitivo. No primeiro caso, restará a incidência das sanções de ordem política ou administrativa, compatíveis com a reprovabilidade do ato. GARCIA, 2013, p. 168 e 171.

O fato não deve ser analisado isoladamente. Ao contrário, precisa haver análise global do fato e sua adequada punição, compatibilizando-se previsões e consequências⁵³.

Por essa razão, Emerson Garcia afirma que a flagrante inobservância da norma deve ser valorada frente ao contexto em que surgiu e se desenvolveu a conduta, de forma que, verificado que a probidade administrativa não fora sequer ameaçada, as sanções da Lei 8.249/92 não devem ser manejadas contra o agente público. Se a distorção comportamental prevista na regra legal importar em lesão ínfima ou de nenhum valor, assim quando a violação derivar de erro escusável ou não assumir contornos aptos a comprometer a consecução do bem comum, não há de serem aplicadas as sanções à improbidade, mesmo que possam e devam ser aplicadas outras, como as previstas em estatuto de servidores⁵⁴.

A importância da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade também pode ser verificada nos Tribunais. Tanto o Supremo Tribunal Federal⁵⁵ como o Superior Tribunal de Justiça⁵⁶ têm entendido que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é norma constitucional que deve direcionar a aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, várias as decisões em matéria de improbidade administrativa balizadas pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

3.8 Interação dos princípios em matéria de probidade administrativa

Pela breve análise dos princípios anteriormente citados, verifica-se que em matéria de probidade administrativa há grande, e, às vezes, até necessária, interpenetração entre as normas disciplinadoras.

Todas as regras e princípios que regem a matéria formam uma teia de proteção, repressão e prevenção contra danos à administração pública e, conseqüentemente, a toda sociedade.

São pilares que se completam e se fortalecem reciprocamente.

⁵³ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa** – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97 .

⁵⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168.

⁵⁵ Tais parâmetros balizaram o julgamento das ADC's 29 e 30 e ADI 4578 referentes à LC 135/2010, conhecida como Lei Ficha Limpa, julgadas em 16/02/2012, de relatoria do Min. Dias Toffoli.

⁵⁶ Nesse sentido: REsp 1195462/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Benito Gonçalves D.J. 12/11/2013; RMS 17735/MT, 5ª Turma, Rel. Des. Laurita Vaz, D.J. 12/11/2013; REsp 1232785/MG, 1ª Turma, Rel.Min.Napoleão Maio Nunes Filho, D.J. 05/11/2013.

Nessa esteira, a adequação do ato administrativo à norma que regula a improbidade deixou de ser vista sob o prisma meramente formal, sendo substituída por uma concepção que perquire a correspondência aos valores que conduzem à concreção da própria noção de direito. Portanto, pressupõe-se um juízo de valoração da essência do ato, com sua consequente legitimação à luz dos vetores do Estado Democrático de Direito⁵⁷.

Por isso, é importante que todas as esferas de manifestação do poder estatal – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário – e ainda os administrados em suas relações com o poder público, em matéria de probidade administrativa observem todas as normas regentes da matéria de forma conjunta e interativa.

4 A PROBIDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 – CARACTERIZAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO

É possível afirmar, como se buscará demonstrar, que a Constituição da República de 1988 trouxe importantes inovações em matéria de probidade administrativa.

Entre várias transformações relevantes, verifica-se a adoção da probidade administrativa como direito e garantia fundamental coletiva.

A afirmação passa a ser possível pela análise de outras mudanças de paradigma incorporadas pelo texto constitucional. A adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, a positivação do princípio da moralidade administrativa, a elevação dos direitos coletivos ao rol de direitos e garantias fundamentais são algumas das mudanças que podem fundamentar a premissa defendida.

José Afonso da Silva ensina que o Estado Democrático de Direito é um modelo pautado pelo princípio da legalidade. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realiza o princípio da igualdade e da justiça por meio da busca pela igualização das condições daqueles que estão socialmente desiguais. Assim, afirma que este modelo tem que estar em condições de realizar, por meio da lei, intervenções que possam influir na realidade social⁵⁸.

Nesse mesmo sentido, Gregório Assagra de Almeida leciona que a finalidade do Estado Democrático de Direito é a transformação da realidade social com a implantação, em

⁵⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, 104.

⁵⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121.

processo democrático dinâmico e constante, da igualdade na acepção material. Para tanto o sistema jurídico é concebido como uma ordem dinâmica e aberta a valores, assim a hermenêutica constitucional deve constituir métodos de interpretação capazes de tonar a Constituição uma realidade efetiva para toda a sociedade. Ganham, então, papel relevante os princípios, *que formam o parâmetro para a interpretação e efetivação da Constituição com a base do sistema jurídico*⁵⁹.

No art. 3º, da Constituição da República, de 1988 o constituinte definiu que são objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação.

Tais propósitos estão intrinsecamente ligados ao modelo de Estado adotado, pois são extremamente ricos em valores que constituem nítidos compromissos com a transformação da realidade social, vinculando o poder estatal e a própria sociedade. Deles ainda se extraem vários direitos fundamentais. E, devido a sua relevância, a normatividade concretizante da Constituição se irradia com muito mais força cogente em relação aos princípios fundamentais, entre eles, com destaque, aos arrolados como objetivos fundamentais da República⁶⁰.

Para atingir os objetivos fundamentais, o Estado precisa se organizar por atos e fazer-se apresentar⁶¹ por agentes, os quais devem se configurar e atuar de forma proba.

A improbidade administrativa traz prejuízos materiais diretos e indiretos para os cofres públicos, afetando a consecução de atividades e prestações por parte do Estado que podem e devem levar à transformação social.

As várias formas de lesão ao erário vão desde danos diretos a danos indiretos. Os desvios de verbas públicas e o enriquecimento ilícito afetam diretamente o poder financeiro do Estado para atuar em prol dos administrados.

Igualmente, violações aos princípios da administração pública, acarretam lesões ao erário e à própria consecução da atividade administrativa, mesmo que indiretamente. Quando

⁵⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo- Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado**: por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 173.

⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo- Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado**: por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 p. 253-354.

⁶¹ A expressão “presentar” mostra-se mais adequado a partir da teoria do órgão, pois, como leciona Carvalho Filho, a partir dessa teoria entende-se que a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmo, os órgãos, compostos por agentes. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

se frustra uma licitação, pode haver, por exemplo, prejuízos decorrentes do superfaturamento, assim como comprometimento da eficiência do serviço a ser prestado ou lesão ao meio ambiente. O não preenchimento de cargos públicos por concurso público exigido pela Constituição, também pode afetar drasticamente a eficiência estatal e ainda gerar prejuízos de cunho social, como nos casos em que grupos sociais são excluídos.

Inúmeros são os exemplos que poderiam ser citados nos quais a improbidade administrativa traz prejuízos, inclusive, financeiramente incalculáveis.

Parece assim, poder se afirmar que a probidade administrativa ganha relevância inafastável no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, observa-se que o constituinte preocupado com a questão, positivou o princípio da moralidade administrativa, afastando qualquer dúvida acerca da normatividade desse princípio⁶².

Previu ainda o sancionamento severo para os atos de improbidade e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, respectivamente, nos §§4º e 5º, do art. 37 da Constituição.

Com essas premissas, verifica-se que os efeitos da atuação administrativa do Estado estão intrinsecamente ligados aos interesses de toda a coletividade, apresentando-se a probidade administrativa como um característico direito difuso.

O §2º, do art. 5º da Constituição da República, ao dispor que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais inseridos no ordenamento pátrio, cria um dispositivo aberto e ampliativo⁶³. Portanto, é possível o entendimento inclusivo da probidade administrativa no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Para a congruência de tal afirmação, é importante ressaltar que os direitos ou interesses coletivos foram inseridos na teoria dos direitos e garantias fundamentais pela Constituição de 1988, possibilitando a construção de novos modelos explicativos e irradiando força vinculadora desses direitos e interesses para todos os operadores jurídicos oficiais e não oficiais, como leciona Almeida⁶⁴.

⁶² Márcio Cammarosano leciona que antes da Constituição de 1988, devido à falta de previsão legal, nem todos os administradores brasileiros aceitavam a moralidade administrativa como princípio jurídico, havendo, inclusive, divergência doutrinária sobre a normatividade do princípio. In: CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 69.

⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo- Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado**: por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 354-355.

⁶⁴ ALMEIDA, 2008, p. 362.

A nova *summa divisio* constitucional permite a revisitação dos compromissos do Estado e dos seus administradores, com políticas públicas socialmente efetivas. Afeta, inclusive, a própria noção de discricionariedade administrativa e de vinculação orçamentária⁶⁵.

O entendimento de que a probidade administrativa é um direito coletivo encontra eco na doutrina. Já se afirmou, em análise da Lei de 8.429/92, que a probidade administrativa na gestão da coisa pública constitui-se em um interesse difuso⁶⁶.

Coaduna com essa posição Garcia para quem o vilipêndio às normas constitucionais e à respectiva legislação integradora consubstancia, em determinados contexto, ato de improbidade e viola o direito difuso a uma administração pública adstrita a todo o alicerce de regras e princípios que regem a probidade administrativa⁶⁷.

A probidade administrativa vista como um direito fundamental coletivo implica interpretá-la e aplicá-la como um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável⁶⁸. Acarreta vinculação irradiante e obrigatória a todos os operadores do direito e também aos administrados. Nos termos dos já citados, §§1º e 2º, do art. 5º, da CR/88, sua aplicabilidade deve ser imediata, aberta, dinâmica e concretizante. Permite, ainda, *a abertura para a revisitação de muitos princípios da administração pública de índole e espíritos autoritários*⁶⁹.

Portanto, a análise da probidade administrativa sob a perspectiva da teoria dos direitos e garantias fundamentais possibilita um realinhamento da relação Estado e sociedade congruente com o modelo de Estado Democrático de Direito. Impõe-se de modo ainda mais cogente o exercício da função estatal de forma que, verdadeiramente, busque e potencialize a transformação da realidade social.

⁶⁵ Op Cit. p. 362.

⁶⁶ CERQUEIRA, Luis Otávio. In. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CEQUEIRA, Luiz Otávio Serqueira de, GOMES Júnior, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 36.

⁶⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169.

⁶⁸ José Afonso da Silva ensina que são caracteres do direitos fundamentais a historicidade, desenvolvem-se entrelaçados com a própria da humanidade; inalienabilidade, já que indisponíveis; imprescritíveis, pois nunca deixam de ser exigíveis e irrenunciáveis. In SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181.

⁶⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo- Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado**: por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 362.

5 CONCLUSÃO

A conceituação de probidade administrativa encontra divergências na doutrina e na jurisprudência. Entretanto, é possível concluir que a definição perpassa pelo modo como os agentes públicos exercem suas funções, assim como os próprios administrados se relacionam com a Administração Pública. Esse exercício e essa interação com a coisa pública afetam o resultado final do ato administrativo, podendo satisfazer o interesse público ou, de alguma forma, contrariá-lo.

São vários os princípios que regem a matéria, dentre os quais se destacam o princípio da moralidade e da proporcionalidade. A normatividade dos princípios recai vinculativamente sobre a valoração dos atos administrativos. Ademais, a carga axiológica dos princípios deve direcionar o comportamento do agente público.

A Constituição da República de 1988 trouxe várias novidades que influem na interpretação e aplicação das normas que disciplinam a probidade administrativa. Dentre as mudanças incorporadas, observa-se a inserção da tutela coletiva na teoria dos direitos e garantias fundamentais, a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito e a positivação do princípio da moralidade administrativa.

A violação da probidade administrativa pode acarretar danos ao erário público, diretamente ou indiretamente, e, conseqüentemente, ocasionar danos para toda a sociedade. Danos de ordem extrapatrimonial também podem ser causados.

Verifica-se que a probidade administrativa está intrinsecamente relacionada com os interesses de toda a coletividade, de forma difusa.

O rol não taxativo estatuído no §2º, do art. 5º da CR/88, contribui para o entendimento inclusivo da probidade administrativa no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Tal afirmação implica impor uma interpretação e aplicação da probidade como um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável, assim como a vinculação irradiante e obrigatória a todos os operadores do direito e também aos administrados. Não bastasse isso, torna obrigatória a aplicabilidade desse direito de maneira imediata, aberta, dinâmica e concretizante. É possível, por meio dessas premissas, revisitar várias compreensões acerca do exercício da função pública e sobre a relação entre Estado e administrados.

Portanto, a compreensão da probidade como um direito fundamental difuso contribui para a realização do modelo de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletiva Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito Material Coletivo- Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado**: por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. Em prefácio à obra CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CERQUEIRA, Luis Otávio. In. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CEQUEIRA, Luiz Otávio Serqueira de, GOMES Júnior, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARCELO, Figueiredo **Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES Júnior, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade Administrativa e a boa-fé da Administração Pública**, 2 ed. São Paulo: Malheiros 2013

GUSTIN, Miracy B. S, DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, vol. 833, Mar/2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Entre o proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** n° 798, 2002.