

DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MORALIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVAS

EDUARDO KAHLER RIBEIRO

Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal de Bento Gonçalves/RS
Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO: A redefinição dos limites da atividade administrativa e da própria legalidade implica um direito fundamental à boa administração pública. Isso amplifica o controle da atividade administrativa, problematizando a caracterização de condutas que afrontam o dever de bem administrar. Visualizada a moralidade administrativa como princípio, irradiando efeitos positivos e negativos destinados a pautar a conduta do administrador, a improbidade administrativa exige um enquadramento de situações-limite, não corriqueiras, que passam pela testagem da imoralidade. Na tentativa de se densificar tais situações, o primeiro passo é a utilização da proporcionalidade, que possibilita a análise entre meio e fim do agir administrativo, com ênfase no exame de adequação deste, seguida pela necessária aferição do aspecto subjetivo, conexo à gravidade da ação ou à omissão culposa ou dolosa do administrador.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito fundamental à boa administração pública e a ampliação do controle da administração pública. 2. Moralidade e improbidade administrativas. 3. Pressupostos para a improbidade administrativa: exame de proporcionalidade e gravidade da conduta. Conclusões. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à boa administração. Legalidade. Moralidade administrativa. Improbidade administrativa. Proporcionalidade. Adequação. Gravidade.

Introdução

É conhecido o adágio segundo o qual ao homem público, assim como à mulher de César¹, não basta ser honesto sem parecê-lo. À retidão

1 “À mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”. A origem da expressão advém de episódio histórico no qual Júlio César se separou de Pompéia após suspeita de adultério dela com Clódio Pulcro. Sem fazer qualquer acusação moral contra Clódio, César foi perguntado por que se separou de Pompéia, ao que replicou: “Porque minha esposa deve ficar acima de qualquer suspeita” (DURANT, Will. *Heróis da História* – uma breve história da civilização da antiguidade ao alvorecer da era moderna. Porto Alegre: L&PM, 2012).

das condutas dos agentes públicos, portanto, deve se seguir a concreta demonstração da ausência de vícios do agir. Tal aparente dever de transparência, contudo, problematiza-se na medida em que a administração pública vê redefinidos seus limites e seu objeto, distanciando-se da mera execução de leis e passando a orientar condutas, promover fins diversos, mediar problemas, qualificar soluções. Não há mais espaço para uma administração meramente burocrática, dedicada apenas à atividade subsuntiva das leis aos fatos. A atuação da administração pública, hoje, se orienta para a consecução de um direito fundamental do administrado à boa administração, a que se contrapõe um – complexo – dever fundamental de bem administrar.

Um novo horizonte, novos desafios. Como consequência da redefinição do objeto e da atividade administrativa, o controle dos atos administrativos também tem redesenhado seus limites. Se antes era vedada a incursão pelo elemento anímico do administrador-aplicador da lei, o que implicava descontrole, hoje se assiste a um problema inverso. Com tantos parâmetros de controle, como separar o agente público de má-fé, que se locupleta indevidamente e causa prejuízos ao erário, daquele inábil, pouco criterioso? Quais os limites exatos da má gestão e da responsabilização do agente? O direito fundamental à boa administração subjetiva o direito do cidadão à melhor escolha administrativa? Até que ponto a má escolha pode implicar a responsabilização do agente público?

Essas questões surgem no influxo das novas margens de controle da atividade administrativa e do aprimoramento institucional que consagra várias instâncias, externas e internas, de fiscalização. Nessa nova dinâmica, merece realce o papel da improbidade administrativa (tipificada na Lei nº 8.492/92) – instância punitiva última do direito administrativo sancionador, apta a sancionar os limites extremos da má gestão. A improbidade, tida como uma imoralidade qualificada, exige a prática de condutas suficientemente graves, distintas da mera ilegalidade.

Partindo do exame da moralidade administrativa como princípio destinado a estabelecer cânones hermenêuticos para a qualificação da conduta do administrador, irradiando efeitos positivos e negativos, o presente trabalho propõe-se a adentrar em uma significação mais concreta dos deveres atinentes à improbidade administrativa. Para tanto, a partir dos novos limites da atividade administrativa e do sujeito admi-

nistração pública, no âmbito do direito fundamental à boa administração pública, desenha-se o espaço normativo do princípio da moralidade, o qual, em seu aspecto subjetivo e positivo, suscita o dever de probidade do administrador.

Na tentativa de se densificar as condutas enquadráveis na improbidade administrativa, ganha campo a proporcionalidade, como postulado normativo destinado a testar os meios utilizados pelo administrador ao fim que lhe é vinculado (interesse público). Nesse exame, é importante perscrutar-se a adequação das condutas administrativas, sobretudo em face da separação de poderes e do espaço legítimo de escolhas, mais ou menos vinculadas, do administrador.

O exame de proporcionalidade, contudo, fornece apenas *standards* mínimos de atuação, identificando condutas que, reprovadas no teste meio-fim, sinalizam a possível ocorrência de improbidade. Para tanto, um elemento adicional faz-se necessário, correlacionado à gravidade da conduta do administrador faltoso, seja por dolo ou por culpa grave.

A densificação da improbidade a partir da moralidade administrativa como princípio e da primeira testagem da proporcionalidade permite evidenciar que o âmbito de incidência daquela é bem reduzido, comparativamente à mera ilegalidade ou imoralidade hábil a invalidar o ato administrativo. Isso se faz necessário para que a improbidade administrativa tenha resguardada sua vocação constitucional como última instância do direito administrativo sancionador.

1 O direito fundamental à boa administração pública e a ampliação do controle da administração pública

As relações entre a administração pública e as pessoas a ela subordinadas modificam-se, atualmente, como decorrência de um fenômeno de redefinição publicística da própria relação liberdade/autoridade² e da superação do corte epistemológico entre sociedade e Estado³. Visualizada a relação de administração como aquela que se estrutura

2 DROMI, Roberto. El tránsito al derecho publico de la posmodernidad, p. 32.

3 FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos, p. 17.

sob o influxo de uma finalidade cogente, que é a promoção de uma utilidade pública⁴, não mais cabe a clássica visão da administração pública weberiana, despersonalizada, como mera executora da lei e integrante secundária de um Poder Executivo. A abstrata função de apenas sustentar a lei se subjetivou, transformando-se em um sujeito singular, dotado de múltiplas atividades tendentes à consecução de um fim público⁵.

Da caracterização da administração pública como sujeito, entretanto, depende a prévia definição da atividade desempenhada por esse ente singular⁶. Nesse contexto, a partir da década de 30 do século XX, a administração foi assumindo novos papéis à medida que aumentavam as funções do Estado, com a flexibilização da tripartição estanque de poderes. Criaram-se novos entes, dotados de personalidade jurídica própria, para atuar em setores específicos. A administração descentralizou-se, fragmentou-se: da imagem da pirâmide em cada ministério passou-se à imagem de uma rede de pirâmides, em relações jurídicas complexas e multipolares orientadas pela proteção aos direitos fundamentais, que têm no consenso seu centro gravitacional. Ampliaram-se, também, as atividades: a burocracia guardiã tornou-se burocracia prestacional, que deve agir rumo à concretização do direito fundamental à boa administração pública, atendendo às justas expectativas dos administrados⁷. Tal direito, nas palavras de Juarez Freitas,

trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas⁸.

4 CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de direito administrativo, p. 23-25.

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Revolución francesa y administración contemporánea, p. 75.

6 CIRNE LIMA, Ruy. op. cit. p. 138.

7 MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução, p. 127.

8 FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

Fala-se, hoje, que o direito administrativo passou de uma rigidez autoritária à flexibilidade democrática, permutando a *puissance publique* pela finalidade pública, não descoberta *a priori*, como seu centro sistêmico⁹. Como consequência, o direito administrativo respira a absorção de valores e princípios consagrados na Constituição, a assimilação de uma nova relação Estado-Sociedade, com a abertura para o cenário político-econômico em que atua e para conexões científicas interdisciplinares¹⁰.

É previsível o choque desse cenário de renovação com o princípio da legalidade, tradicional estandarte da atividade administrativa *aplicadora da lei*. Como decorrência da complexidade das relações que rege, assiste-se hoje a uma progressiva indeterminação e abertura densificadora da normatividade a favor da administração pública, superando-se a ideia de uma genérica natureza heterovinculativa da legalidade em face do Poder Executivo¹¹. A legalidade, nessa perspectiva, deixa de ser pauta de limite do administrador e torna-se parâmetro para a atuação da administração pública como sujeito de deveres-poderes¹². Diz-se que esse princípio, hoje, não mais se densifica na estrita relação lei/ato administrativo, e sim no contexto ordenamento jurídico/Administração¹³.

Como subproduto da redefinição do princípio da legalidade e da consagração do direito fundamental à boa administração, ampliou-se a margem de controle dos atos administrativos. Parâmetros como discricionariedade administrativa, interesse público preponderante, ato político, etc. saíram de infensos a qualquer tipo de controle para integrantes de um rol de prerrogativas da administração pública válidos apenas enquanto direcionados de acordo com premissas constitucionais. A finalidade

9 MOREIRA, João Batista. Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática, p. 15-19.

10 MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. p. 267.

11 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, p. 162 e 894.

12 GRAU, Eros Roberto. Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade, p. 162.

13 MEDAUAR, Odete. op. cit. p. 147-148; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade, p. 62; COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito administrativo brasileiro, p. 53; MOREIRA, João Batista, op. cit., p. 406.

pública a ser atingida não o é a qualquer custo, mas tão somente quando contextualizada em regular motivação e adequação dos fins perseguidos aos meios eleitos pelo administrador.

A dilargada amplitude do controle sobre os atos da Administração, consectário que é da redefinição dos limites da própria atividade administrativa e da submissão à lei, traz consigo a complexa questão metodológica atinente aos parâmetros de tal controle, sobretudo no âmbito do direito administrativo sancionador. Se a história do direito administrativo é a história da luta contra as imunidades de poder, como afirma García de Enterría¹⁴, um passo essencial para a consolidação das modificações por que passa o direito administrativo reside na delimitação do âmbito de responsabilização dos agentes que, de algum modo, praticam ações ou omissões incompatíveis com o direito fundamental à boa administração pública.

Sucede que, na multifacetada atividade administrativa, o espectro de condutas passíveis de serem enquadradas como ofensivas aos deveres inerentes a tal direito fundamental (eficiência, transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade, moralidade, participação social, responsabilidade) é muito amplo, demandando do intérprete uma contínua e difícil atividade depuradora. Afinal, entre a corrupção¹⁵ – tida como a violação mais grave à reta conduta do administrador – e o erro escusável no direcionamento de alguma atividade, subsistem várias ações ou omissões que podem invocar, em qualquer medida, responsabilização. Como punir, por exemplo, o agente público que obtém resultado economicamente eficiente em sua gestão, porém se valendo de nepotismo? E a situação do agente que é absolutamente ineficiente, mas não pratica qualquer imoralidade? Até que ponto práticas imorais, porém não absolutamente desconformes à leitura estrita da lei, merecem sancionamento?

Como premissa para a resposta a tais questões, faz-se necessário se situar adequadamente a moralidade administrativa no âmbito da im-

14 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos).

15 LEAL, Rogério Gesta. Fundamentos filosófico-políticos do fenômeno da corrupção: considerações preliminares. Cadernos de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, v. VII, n. 1, ano 2012.

probidade administrativa, conferindo àquela uma significação concreta para fins de adequação de eventuais condutas ímprobas, em tema a ser enfrentado no próximo subitem.

2 Moralidade e improbidade administrativas

A noção de administração pública, em lição clássica de Ruy Cirne Lima, é antagônica à de propriedade¹⁶. O administrador público, por isso, tem o ônus de gerir a coisa alheia de modo cuidadoso, diligente e atento, concorrendo para a realização da boa administração. Essa concepção finalística da atividade administrativa indica a aparente necessidade de se objetivar o resultado da atuação do administrador, desvinculando-o da intenção de produzi-lo. Salienta Diogo Figueiredo Moreira Neto:

Assim, se a atividade do administrador se dirigiu, honestamente, a obter o máximo de ganhos para a Administração, mas não se voltou ao atingimento de objetivos finalisticamente adequados, sua intenção pode ter sido moralmente boa, mas seu resultado foi moral-administrativamente mau.

Da mesma forma, se a intenção do agente foi moralmente viciada ao atuar administrativamente, mas, não obstante, seus objetivos satisfazem a finalidade pública, o vício porventura existente em sua intenção não inquirará a ação administrativa cujo resultado foi moral-administrativamente bom.¹⁷

Não obstante, pretender-se o exame da atuação administrativa apenas sob o enfoque do resultado concreto atingido, abstraindo-se aspectos anímicos, não é tarefa fácil. É comum, afinal, o atingimento de fins ilícitos sob a roupagem de lícitos, valendo-se o agente de meios aparentemente regulares. Uma licitação que sagra vencedor aquele que obteve vantagem competitiva indevida (por exemplo, com informações confidenciais ou mediante a inserção de cláusula no edital que lhe favorecia propositalmente), em que pese abstratamente regular, carece de manifesto vício de origem.

16 CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de direito administrativo, p. 37.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. Revista de direito administrativo, v. 190, out./dez. 1992, p. 7.

Dessa dificuldade originou-se a ideia de moralidade administrativa enquanto cânone hermenêutico para o controle da atividade administrativa. Vendo que o exame raso da legalidade dos atos administrativos não permitia investigar aqueles praticados com meios lícitos para atingir a finalidades metajurídicas irregulares, o Conselho de Estado francês, sobretudo nos atos discricionários, construiu a teoria do desvio de poder. Sob inspiração de Maurice Hauriou, estabeleceu-se, via recurso de excesso de poder, a sindicabilidade dos motivos do ato, das intenções subjetivas do agente¹⁸.

Portanto, sob o prisma da moralidade, construída sobre os alicerces da teoria do desvio do poder, a mera satisfação dos requisitos da legalidade do ato não é suficiente. O ônus de bem administrar implica a observância de parâmetros de atuação que vão além da mera observância formal de um imediato antecedente normativo¹⁹, devendo o agente público garantir o respeito a uma pauta de moralidade própria, demonstrando zelo pela coisa pública. *Verbi gratia*, um concurso público destinado ao provimento de uma vaga, que tenha como desfecho a aprovação em primeiro lugar do candidato mais bem preparado após conchavo com algum integrante da banca examinadora, é, nessa ótica, um procedimento viciado por manifesta imoralidade, em que pese ter havido, aparentemente, a melhor solução para a administração pública.

Isso indica que a moralidade administrativa assume o papel de verdadeira otimizadora de padrões de conduta administrativa, como cânone hermenêutico que vinculará a concreção de conceitos fluídos eventualmente constantes nas leis²⁰. A despeito da absorção da moralida-

18 A respeito, 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. No livro, o autor demonstra que o fenômeno jurídico do controle de atos discricionários da administração por finalidade outra que não o interesse público, a que se quis chamar de “controle de moralidade administrativa”, recebeu o nome de “controle do desvio de poder”, p. 90.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. Revista de direito administrativo, v. 190, out./dez. de 1992, p. 7.

20 MARTINS-COSTA, Judith. As funções do princípio da moralidade administrativa – o controle da moralidade na Administração Pública. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, v. 11, 2º semestre.1993, p. 121-146. 20 MARTINS-COSTA, Judith. As funções do princípio da moralidade administrativa – o controle da moralidade na Administração Pública. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, v. 11, 2º semestre.1993, p. 121-146.

de administrativa pela noção de legalidade substancial (ou juridicidade) – tornando interna ao exame da legalidade a inquirição dos aspectos subjetivos que o cercam, no controle dos motivos e objetos do ato²¹ –, é certo que, vista como norma finalística, que encerra a promoção de um estado ideal de coisas a ser contraposto à conduta havida como necessária à sua promoção, a moralidade administrativa possui contornos de nítido princípio jurídico²², orientando um padrão de condutas conducentes ao dever de bem administrar.

Extraem-se do princípio da moralidade administrativa funções positivas e negativas. Se positivamente a moralidade atua como cânone hermenêutico e como mandamento de otimização da atividade administrativa, direcionada ao dever de bem administrar, a função negativa de tal princípio o situa como limite entre a discricionariedade e o arbítrio, permitindo o controle efetivo do desvio de finalidade²³. Celso Antonio Bandeira de Mello assim sintetiza os modos como pode se manifestar tal desvio:

a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;

b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à categoria do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: “Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal.”²⁴

O mesmo autor também é didático ao referir exemplos das duas formas de manifestação do desvio de finalidade:

21 Também demonstrada por GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 115-125.

22 Na definição de ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

23 Classificação de MARTINS-COSTA, Judith. As funções do princípio da moralidade administrativa – o controle da moralidade na Administração Pública. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, v. 11, 2º semestre. 1993, p. 121-146.

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 373.

Exemplo da primeira hipótese tem-se no caso de um superior que remove um funcionário para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeresse o ato, mas apenas para prejudicá-lo em razão de sua inimizade com ele.

Exemplo da segunda hipótese ocorre quando o agente remove um funcionário – que merecia uma punição – a fim de castigá-lo. Ora, a remoção não é ato de categoria punitiva.²⁵

O exame subjetivo da ação do administrador à luz da moralidade administrativa, que positivamente inaugura um feixe de condutas admissíveis e negativamente lhe coloca obstáculos à atuação a partir do desvio de finalidade, tem como pauta-limite um dever que é anexo a referido princípio, o dever de probidade. Segundo José Guilherme Giacomuzzi, “o dever de probidade é a função subjetiva e positiva do princípio da moralidade administrativa insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988”²⁶.

Sucedem-se, se a função positiva do princípio da moralidade possibilita maior controle sobre os atos administrativos, a imediata transposição da necessária otimização da atividade administrativa para o dever de probidade mostra-se mais problemática. Isso porque nem todo desvio de finalidade, sob o prisma da moralidade, é ímprobo. A improbidade, não por outra razão conhecida como *imoralidade qualificada*, exige atos inequivocamente desonestos ou desleais com o poder público²⁷, suficientemente graves para invocar sanções de caráter quase-penal (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios), em *ultima ratio* do direito administrativo sancionador²⁸.

Assim sendo, nem todo ato administrativo ofensivo ao direito fundamental à boa administração pública, em que pese plenamente sindi-

25 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. op. cit., p. 373.

26 GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 187-188.

27 FREITAS, Juez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 48, fev. 2005, p. 9.

28 OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública, corrupção, ineficiência. 3. edição. São Paulo: RT, 2013, p. 149.

cável, implica improbidade. A má gestão que autoriza o enquadramento normativo nas sanções da Lei nº 8.492/92 é aquela que, sobre violar a moralidade, é suficientemente grave por contaminada pela afronta à honra institucional, à ética republicana²⁹ que deve presidir a prática do administrador. Como exemplo, situe-se o agente político que nomeia, como cargo comissionado, pessoa sem qualquer familiaridade com a atividade a ser desempenhada. Não havendo provas da existência de qualquer prejuízo ao erário, tal prática pode ser questionada – mesmo judicialmente; não permite, contudo, a caracterização da improbidade administrativa. A exigência de conhecimento da atividade pelo agente público nomeado é imposta por deveres correlatos à eficiência administrativa (corolário do direito fundamental à boa administração pública), mas não está inscrita como requisito expresso da nomeação de comissionados, de modo que, não havendo tentativa de burlar outras normas expressas ou implícitas (v.g., nepotismo, transferência informal de vencimento do comissionado ao nomeante, etc.), improbidade administrativa não haverá.

A dificuldade na densificação de práticas que se enquadram como ímprobas acentua-se em razão do mencionado engolfamento³⁰ da moralidade pelo instituto do desvio de poder e sua alocação no plano interno da legalidade. Se toda prática imoral e ímproba pode ser tida como ilegal *lato sensu*, fica patente a perigosa aproximação da fronteira da improbidade à da mera ilegalidade³¹. Levando-se tal identificação ao extremo, toda vez que o Poder Judiciário concedesse uma ordem em mandado

29 “República” vem do latim *res publica* – literalmente, o bem público, invocando em sua etimologia, assim, a atenção para a coisa pública. Segundo Celso Lafer, compõem a virtude republicana o *consensus juris* (o consenso do direito, respeito à lei) e a *communis utilitatis* (a comum utilidade, ideia de um bem comum). LAFER, Celso. O significado de república. Estudos históricos. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, 1989, p. 214-224.

30 Expressão de que se vale GIACOMUZZI, José Guilherme. op. cit., p. 118-119.

31 Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “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” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Zavascki, Corte especial, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 10/10/2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 02/09/2014).

de segurança (remédio jurídico contra práticas manifestamente ilegais por parte de agentes públicos), deveria imediatamente remeter os autos ao Ministério Público para acionamento do agente em ação cível de improbidade³². Fácil ver que tal assimilação desconsidera o espaço da improbidade no sistema administrativo sancionador.

Situada, pois, a moralidade administrativa como autêntico princípio jurídico que recomenda condutas passíveis de serem praticadas pelo administrador, e visto que a improbidade administrativa exige um enquadramento de situações-limite – e não corriqueiras – que passam pela testagem da imoralidade, é necessário adentrar-se na complementação mais densa de tais situações³³. A segurança jurídica é incompatível com a eterna imprecisão entre a caracterização de uma ilegalidade (que enseja a revisão do ato administrativo) e uma improbidade (que leva o agente sancionador a responder na esfera de maior gravidade no âmbito do direito administrativo). A improbidade, afinal, deve punir o administrador desonesto e que viola de modo inescusável o dever jurídico de bem gerir, e não o agente meramente inábil, ineficiente ou que comete mera ilegalidade.

Segundo nossa proposta, essa densificação de deveres não é apriorística, exigindo caracterização caso a caso, iluminada pela necessária atuação do postulado normativo da proporcionalidade.

3 Pressupostos para a improbidade administrativa: exame de proporcionalidade e gravidade da conduta

Otto Mayer, já na virada do século XIX para o XX, acentuava que “a condição de proporcionalidade, inerente a todas as manifestações do poder de polícia, deve produzir seu efeito também quando se tratar do zelo pela boa ordem da coisa pública”³⁴. Além de regular as intervenções

32 Para acentuar a insuficiência da mera ilegalidade para configuração da improbidade administrativa, o exemplo é utilizado por CAMMAROSANO, Márcio. Princípio da moralidade e improbidade administrativa, p. 159.

33 Proposta também de OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit., p. 107.

34 MAYER, Otto. Le Droit administratif allemand, v. II, p. 60 *apud* FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública, op. cit., p. 89.

do poder público no âmbito do poder de polícia, a proporcionalidade há muito é, portanto, uma condição de regularidade de toda e qualquer ação administrativa, seja ela mais ou menos discricionária.

No âmbito da improbidade administrativa, a proporcionalidade comumente é invocada por ocasião da dosimetria das sanções a serem aplicadas ao administrador ímprobo, juntamente com a razoabilidade³⁵. Não obstante, tem-se que tal postulado normativo³⁶ tem maiores potencialidades, notadamente na prévia caracterização da ação ou omissão administrativa como ímproba. Ao não prescrever imediatamente comportamentos, mas estruturar a aplicação de normas que o fazem³⁷, a proporcionalidade possibilita a visualização casuística de condutas convergentes à moralidade administrativa, identificando, por exclusão, padrões opostos, entre os quais apenas aqueles de maior gravidade merecem a chancela da improbidade.

O grande desafio na tentativa de reduzir a fluidez na aplicação prática de tais conceitos (moralidade, improbidade, gravidade do ato) é, partindo do exame interno da proporcionalidade – com seus vetores adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – identificar *standards* mínimos de conduta que devam ser seguidos pelo administrador para a não prática de atos ímprobos – os quais, como visto, não se confundem com os padrões exigidos para a prática de atos não ilegais ou não imorais. Por isso, para caracterização da improbidade, à reprovação do teste da proporcionalidade na atuação administrativa (que basta à ilegalidade) deve se seguir um elemento adicional, conexo à gravidade do agir do administrador à luz do elemento subjetivo da conduta.

Entre os elementos da proporcionalidade cujo cotejo é necessário para a obtenção dos *standards* mínimos de atuação, merece destaque o exame da adequação da conduta do administrador aos fins dele exigí-

35 Nesse sentido: “Este Superior Tribunal firmou a compreensão de que não há impedimento à aplicação cumulativa das sanções previstas no art. 12 da LIA, bastando que a dosimetria respeite os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.” (STJ, REsp 1091420/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014).

36 Na dicção de ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104-110.

37 ÁVILA, Humberto. op. cit. p. 81/82.

veis. Não se pode desconhecer, nesse particular, que a finalidade apta a presidir a atividade administrativa é o interesse público, concretamente delineado a partir da convergência entre o agir do agente público responsável e o bem maior da comunidade. E esse bem, observadas premissas fundamentais, é definido a partir de escolhas com maior ou menor grau de discricionariedade³⁸.

No exame de adequação da conduta administrativa (inerente à proporcionalidade), deve-se ter presente certo grau de deferência³⁹, porque isso é exigência da separação de poderes e do princípio democrático. Esse espaço mínimo de atuação, consagrado ao administrador e especialmente a agentes políticos, dá ensejo a um modelo fraco de controle da intensidade das decisões adotadas pela administração – que não se confunde com autorização de arbítrio –, a admitir a anulação destas apenas em caso de manifesta e inequívoca adequação dos meios aos fins almejados⁴⁰. Assevera Fábio Medina Osório:

Os conteúdos da ‘boa administração’ costumam ser mais políticos, culturais e econômicos que propriamente jurídicos, já que dificilmente o Poder Judiciário logra obter a imposição de eficiência administrativa pela via de sentenças ou acórdãos.⁴¹

38 A título de exemplo, imagine-se um cenário hipotético, em que perfeitamente identificada a disponibilidade apenas do valor x nos cofres públicos e a possibilidade de investimento de tal valor apenas em escolas ou presídios. A decisão de, com o valor x , construir apenas escolas, apenas presídios ou escolas e presídios passa, necessariamente, pela avaliação da maior ou menor necessidade de uns e outros. Não havendo um ditame legal expresso determinando a preponderância de escolas por presídios, ou fixando um número mínimo de escolas e presídios a serem construídos, o administrador deve possuir uma base flexível para a escolha pública. E essa escolha apenas deve ser anulada em caso de manifesta inadequação ao fim a que vinculativamente se destina (interesse público). Seguindo-se no exemplo, a incompatibilidade entre meio e fim seria manifesta, v.g., se houvesse a decisão de construção de escolas em área já densa de instituições da espécie, com vagas sobrando, e com clara insuficiência de presídios, forçando os apenados a cumprir pena em locais sem condições mínimas ou demasiadamente distantes.

39 FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública, p. 36.

40 É a posição de ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, p. 112 e OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit., p. 277.

41 OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa – má gestão, corrupção, ineficiência, p. 45.

Daí deriva que a existência de um direito fundamental à boa administração pública não se confunde com o direito fundamental à melhor administração pública⁴². A não adoção, por parte do agente público, da melhor escolha (abstráida a complexidade e a indefinição ínsita a tal conceito), mas apenas de escolhas não manifestamente equivocadas, não implica a prática de atos viciados, sendo inábil, portanto, para a anulação do ato e, *a fortiori*, para a caracterização de improbidade. Atingido o interesse público específico de modo minimamente satisfatório, o ato questionado passa pelo teste primeiro de adequação e de probidade, ressaltando-se que tal esfera legítima de decisão apenas compreende o campo dentro do qual ninguém poderá dizer, com total objetividade, qual é a providência ótima⁴³.

Ocorre que, como visto, o exame de proporcionalidade é apenas um primeiro passo para a verificação da conduta administrativa e confere apenas *standards* mínimos de ação no que tange à caracterização da legalidade. Para que se ingresse na seara da imoralidade reprovável – e, em última instância, na improbidade –, elementos adicionais, conexos à esfera subjetiva do agente, devem ficar caracterizados⁴⁴.

As condutas proscritas a partir da concretização do princípio da moralidade administrativa convergem para o chamado desvio de finalidade (ou de poder), quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade que é alheia ao interesse público específico. Retoma-se assim, de algum modo, a própria gênese de tal princípio, criado para possibilitar a identificação dos motivos subjacentes a determinados atos aparentemente legais.

42 Mesma posição defendida por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*, op. cit., p. 16, em sentido contrário ao entendimento de FERRAZ, Sérgio. *Instrumentos de defesa dos administrados*. Curso de direito administrativo, São Paulo: RT, 1986, p. 167.

43 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 400.

44 Nesse sentido, já decidiu o STJ que “[...] eventual ilegalidade na formalização do ato questionado é insuficiente a configurar improbidade administrativa, porquanto a situação delineada no acórdão recorrido afasta a existência de imoralidade, desídia, desvio ético ou desonestidade na conduta do recorrido” (STJ, Resp nº 1129277/RS, Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin, julg.04/05/2010).

As formas de manifestação do desvio de finalidade – quando o agente busca finalidade alheia ao interesse público ou apenas à categoria do ato que utilizou – permitem uma densificação maior do princípio da moralidade administrativa, a partir do exame da motivação do ato. Entre todas as formas de desvio de finalidade, contudo, são passíveis de enquadramento no arquétipo da improbidade administrativa apenas as condutas inequivocamente contaminadas por finalidade alheia ao próprio interesse público e, adicionalmente, qualificadas por suficiente gravidade por importar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação manifesta aos demais princípios da atividade administrativa (artigos 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92).

Ao exame do desvio do interesse público – reprovada a ação/omissão, pois, sob a ótica da proporcionalidade –, deve-se somar um elemento subjetivo (dolo ou culpa grave), hábil a acentuar a gravidade da conduta do agente público, contaminada por manifesta deslealdade institucional. Nas palavras de Juarez Freitas, a improbidade exige, para sua caracterização, “grave violação ao senso médio superior de moralidade e inequívoca intenção manifesta”⁴⁵.

O âmbito de condutas sancionadas pela improbidade, dessa forma, é bem reduzido comparativamente às condutas acoimadas de ilegais em seu sentido estrito e imorais. Se toda conduta ímproba é imoral, a recíproca nem sempre é verdadeira. Um agente público, ao remover servidor que lhe é subordinado hierarquicamente fora dos requisitos legais, comete manifesta ilegalidade, a qual pode ser apenas imoral, se for motivada com fins punitivos, porém dentro do interesse público que deve presidir o ato, ou imoral e ímproba, caso justificada por fins punitivos, mas fora do interesse público e qualificada por enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação clara a princípios da administração pública (por exemplo, mediante corrupção do agente, assédio moral ao servidor removido, etc.). Do mesmo modo, v.g., um procedimento licitatório viciado por manifesta inabilidade do agente responsável, mas sem provas claras de má-fé deste e prejuízo ao erário – tendo sido devidamente prestado o serviço que deu ensejo ao certame –, não caracteriza, em princípio, improbidade⁴⁶.

45 FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa, op. cit., p. 8/9.

46 STJ, Primeira Turma, Resp nº 1.159.746/RS, relator Ministro Luiz Fux, julg. 1º/06/2010.

A redução do espectro de incidência da improbidade administrativa, em comparação à ilegalidade e à imoralidade, fica clara na caracterização da improbidade culposa, que gera prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92). A fim de se manter coerência com o sistema, apenas condutas que denotem culpa grave, não confundida com inabilidade ou erro profissional, merecem a chancela da improbidade, sendo afastada, de todo modo, a possibilidade de objetivação da responsabilidade⁴⁷. A reprovabilidade da culpa, aqui, deve ser manifestada por “inequívoca e intolerável incompetência do agente público”⁴⁸, a desvelar descaso com a coisa pública do administrador faltoso⁴⁹.

É a gravidade da conduta praticada à luz da moralidade administrativa, desvelada sempre em seu aspecto subjetivo e após ultrapassado o necessário exame da proporcionalidade do ato – hábil a afastar, de antemão, o direito subjetivo à melhor escolha administrativa –, que permite a caracterização da improbidade administrativa, respeitada sua posição de última instância no sistema punitivo administrativo.

Conclusões

1. A modificação das relações jusadministrativistas traz consigo uma redefinição das atividades típicas da administração pública e da própria sujeição à legalidade. Esta deixou de ser pauta de limite do administrador, tornando-se parâmetro para a atuação da administração pública como sujeito de deveres-poderes, vinculados ao direito fundamental à boa administração pública, que exige do administrador a obediência a uma série de deveres correlatos (eficiência, transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade, moralidade, participação social, responsabilidade).

47 STJ, AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 28.09.2011; STJ, REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.08.2010; STJ, EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 11.12.2012.

48 OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit., p. 247.

49 O Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou presente culpa grave, a autorizar punição por improbidade, de encarregada pelo setor de medicamentos que atuou negligentemente na sua guarda e destinação (TRF4, AC 5001375-07.2012.404.7105, Terceira Turma, relator p/ acórdão Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 29/10/2014).

2. Como subproduto da redefinição do princípio da legalidade e da consagração do direito fundamental à boa administração pública, ampliou-se a margem de controle dos atos administrativos. Isso invoca a complexa questão metodológica atinente aos parâmetros de tal controle, sobretudo no âmbito do direito administrativo sancionador. O espectro de condutas passíveis de serem enquadradas como ofensivas aos deveres inerentes ao direito fundamental à boa administração pública é muito amplo, demandando do intérprete uma contínua e difícil atividade depuradora.

3. Na necessária tentativa de densificar os deveres ínsitos ao administrador, ganha relevo o papel da moralidade administrativa, como princípio jurídico que encerra a promoção de um estado ideal de coisas, do qual se extraem funções positivas e negativas. Positivamente, a moralidade atua como cânone hermenêutico e como mandamento de otimização da atividade administrativa, direcionada ao dever de bem administrar; negativamente, tal princípio estabelece um limite entre a discricionariedade e o arbítrio, permitindo o controle efetivo do desvio de finalidade. No âmbito positivo e subjetivo, o princípio da moralidade administrativa suscita o dever de probidade administrativa.

4. A imediata transposição dos deveres conexos à densificação do princípio da moralidade administrativa para o dever de probidade é incorreta, porque nem todo desvio de finalidade, sob o prisma da moralidade, é ímprobo. A improbidade exige atos inequivocamente desonestos ou desleais com o poder público, suficientemente graves para invocar sanções que se aproximam das de caráter penal, em *ultima ratio* do direito administrativo sancionador. Visto que a improbidade administrativa exige um enquadramento de situações-limite – e não corriqueiras – que passam pela testagem da imoralidade, faz-se necessário adentrar a complementação mais densa de tais situações.

5. Tal tarefa não prescinde, como um primeiro passo, da análise da proporcionalidade da ação/omissão do administrador ao fim a que se propõe, permitindo identificar *standards* mínimos de conduta que devam ser seguidos pelo administrador para a não prática de atos ímprobos. Para caracterização da improbidade, contudo, à reprovação do teste da proporcionalidade na atuação administrativa (que basta à ilegalidade), deve se seguir um elemento adicional, conexo à gravidade do agir do administrador.

6. Entre os elementos da proporcionalidade, cujo cotejo é necessário para a obtenção dos *standards* mínimos de atuação, merece destaque o exame da adequação da conduta do administrador aos fins dele exigíveis. No exame de adequação da conduta administrativa (inerente à proporcionalidade), deve-se ter presente certo grau de deferência, porquanto isso é exigência da separação de poderes e do princípio democrático, dando ensejo à reprovação no teste de adequação apenas das condutas manifesta e inequivocamente inadequadas. Daí deriva que a existência de um direito fundamental à boa administração pública não se confunde com o direito fundamental à melhor administração pública, sobretudo para fins de incidência das sanções pertinentes à improbidade administrativa.

7. Ultrapassado o exame da proporcionalidade, para que se ingresse na seara da imoralidade reprovável – e, em última instância, na improbidade –, elementos adicionais, conexos à esfera subjetiva do agente, devem ficar caracterizados. A improbidade exige condutas inequivocamente contaminadas por finalidade alheia ao próprio interesse público e, adicionalmente, qualificadas por suficiente gravidade por importar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação manifesta aos demais princípios da atividade administrativa (artigos 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92).

8. O âmbito de condutas sancionadas pela improbidade, dessa maneira, é bem reduzido comparativamente às condutas acoimadas de ilegais em seu sentido estrito e imorais. É a gravidade da conduta praticada à luz da moralidade administrativa, desvelada sempre em seu aspecto subjetivo e após ultrapassado o necessário exame da proporcionalidade do ato, que permite a caracterização da improbidade administrativa, respeitada sua posição de última instância no sistema punitivo administrativo.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo, abr./jun. 2004, v. 236, p. 51-64.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. edição. São Paulo: Malheiros, 2003, 127p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17. edição. São Paulo: Malheiros, 2004, 960p.

CAMMAROSANO, Márcio. *Princípio da moralidade e improbidade administrativa*. Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 8, n. 8, p. 155-165, out. 2009.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7. edição, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, 589p.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo. 179/180. jan./jun. 1990, p. 51-92.

DROMI, Roberto. *El tránsito al Derecho Publico de La Posmodernidad. Crisis y Renovación em El Derecho Público*. 2. ed. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2003.

DURANT, Will. *Heróis da História – uma breve história da civilização da antiguidade ao alvorecer da era moderna*. Porto Alegre: L&PM, 2012, 393p.

FERRAZ, Sérgio. *Instrumentos de defesa dos administrados*. Curso de direito administrativo, São Paulo: RT, 1986.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 198p.

FREITAS, Juarez. *O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa*. Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 48, fev. 2005.

FREITAS, Juarez. *Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos*. Estudos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder em el direito administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Download em <http://www.cepc.gov.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227>, acesso em 1º/04/2015.

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, 343p.

GRAU, Eros Roberto. *Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LXXVIII, jan./dez. 1983, p. 161-166.

LAFER, Celso. *O significado de república*. Estudos históricos. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, 1989, p. 214-224.

LEAL, Rogério Gesta. *Fundamentos filosófico-políticos do fenômeno da corrupção: considerações preliminares*. Cadernos de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, v. VII, n. 1, ano 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *As funções do princípio da moralidade administrativa – o controle da moralidade na Administração Pública*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, v. 11, 2º semestre 1993, p. 121-146.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MOREIRA, João Batista. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. Revista de direito administrativo, v. 190, out./dez. de 1992.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, 430p.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Editora Almedina, 2007.