



IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade

DISHONESTY OF PUBLIC OFFICER: inapplicability of the principle of proportionality

RODRIGO CASTELLI¹

rocastelli@gmail.com

RESUMO: À Administração Pública cabe o dever de zelar pela prevalência, proteção e realização dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, prestigiando e garantindo as pilastras mestras do próprio Estado Democrático de Direito. Dessa forma, destaca-se a idéia de que a improbidade não exige necessariamente ofensa ao erário ou o enriquecimento ilícito do agente, ou seja, que dependa da ocorrência de um dano, mas pode e deve ser considerado pelo arbítrio do juiz como uma ofensa a moralidade pública sendo possível de ser mensurada.

Palavras-Chave: Improbidade – Administração Pública – Probidade.

ABSTRACT: To the Public Administration fits the duty to take care of the prevalence, protection and realization of the The Federative Republic of Brazil Fundaments, showing prestige and guaranteeing the masters pilasters of the own Law Democratic State in this way detaching the idea that the missing probity do not require necessarily an insult to the Public Treasure or to the illicit enrichment of the agent, that is to say, which depends of the occurrence of a damage, but can and should be considered by the judgment as an offense to the public morality making possible to be measured.

Key-words: Dishonesty – Public Administration – Probity.

1 Introdução

Pesquisando sobre improbidade administrativa, mormente com relação às penas aplicáveis aqueles que patrocinam atos ímprobos, causou surpresa o posicionamento do ilustre Ministro do Colendo Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, que considerou alternativas as sanções previstas pela lei específica, a de n.º 8.429/1992². Eis a ementa do seu voto:

ADMINISTRATIVO – LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – DISCRICIONARIEDADE

DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – SÚMULA Nº 07/STJ.

1. As sanções do art. 12, da Lei nº 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa claro o Parágrafo Único do mesmo dispositivo.

2. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ. (Precedentes)

3. Deveras, é diversa a situação da empresa que, apesar de não participar de licitação, empreende obra de asfaltamento às suas expensas no afã de "dar em pagamento" em face de suas dívidas



tributárias municipais de ISS, daquela que sem passar pelo certame, locupleta-se, tout court, do erário público.

4. A necessária observância da lesividade e reprovabilidade da conduta do agente, do elemento volitivo da conduta e da consecução do interesse público, para a dosimetria da sanção por ato de improbidade, adequando-a à finalidade da norma, demanda o reexame de matéria fática, insindivisível, por esta Corte, em sede de Recurso Especial, ante a incidência do verbete sumular nº 07/STJ.

5. Recurso Especial não conhecido.³

Por não concordar com tal interpretação, pesquisou-se sobre o tema a fim de perquirir como se portavam os juristas e, mais uma vez, a surpresa se fez presente ao observar que alguns dos mais autorizados doutrinadores defendem a mesma exegese do e. Ministro Fux, ou seja, que as penas por ato de improbidade são alternativas, devendo o julgador aplicá-las em atenção ao princípio da proporcionalidade. Dentre eles encontra-se Juarez de Oliveira que, em artigo específico sobre a questão, exarou:

[...] Sempre à luz do princípio da proporcionalidade, bem de ver que as sanções não reclamam, em todos os casos, a aplicação conjunta, até para que se alcance a sensatez pretendida, apta a escoimar do texto legal um vezo draconiano que conspiraria contra a sua própria efetivação. [...]⁴

Na mesma esteira seguem outros doutrinadores, acompanhando o Ministro Fux, que defendem a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, a fim de possibilitar ao magistrado a “escolha” das sanções a serem aplicadas, diante de cada caso concreto. Nesse sentido, ensina George Sarmento:

Em regra, as sanções do art. 12 da lei nº 8.429/92 são cumulativas. Ao reconhecer que o agente público incorreu em improbidade administrativa, o juiz pode aplicá-las em conjunto. Contudo, nos casos de menor potencial ofensivo o magistrado deve valer-se do princípio da proporcionalidade para escolher as sanções que satisfaçam o interesse punitivo do Estado.⁵

O sobressalto foi acalentado por outros juristas que emprestaram melhor hermenêutica ao mencionado dispositivo constitucional (CF/88, Art. 37, § 4º), assim como a norma que o regulamentava (lei nº 8.429/92). Dentre eles, Aristides Junqueira Alvarenga, renunciando que a “escolha” das sanções pelo juiz é inconstitucional, destacou:

Ainda como conseqüência do parágrafo único do art. 12, cujo destinatário é o juiz, não está a permitir que, na fixação das penas nele referida, possa optar,

discricionariamente, pela aplicação de uma ou outra sanção, excluindo, por exemplo, a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos. A única discricionariedade ali permitida ao magistrado é quantitativa, não qualitativa.⁶

No mesmo viés ensinou Wallace Paiva Martins Junior, realçando que “as sanções do Art. 12 da lei federal nº 8.429/92 são cumulativas, não cabendo cogitar da alternatividade, porquanto não se estabeleceu critério propício nesse sentido”.⁷

Este estudo é conduzido por esta corrente, em que pese a judiciosidade daqueles que em contrário pensam.

Nos próximos tópicos pretende-se demonstrar o melhor acerto desta corrente, assim como, data vênua aqueles que em contrário militam, para revelar a impossibilidade de se admitir outra exegese ao Art. 12 da lei de improbidade administrativa.

Nesse intuito, este artigo envereda-se, mesmo que perfunctoriamente, no estudo da probidade administrativa como direito fundamental, assim como do princípio da moralidade e da segurança jurídica, concluindo pela inconstitucionalidade de se flexibilizar as sanções pela prática de atos de improbidade administrativa, o que atenta, inclusive, contra as garantias constitucionais do processo.

2 A Probidade Administrativa como Direito Fundamental. Irrelevância do Dano para sua Violação

José Afonso da Silva, aproveitando os ensinamentos de Marcello Caetano, definiu a probidade administrativa como a obrigação dirigida aos funcionários públicos de “servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.⁸

A título ilustrativo, destaca-se alguns conceitos de improbidade administrativa que, mutatis mutandis, reforça em nós o conceito de probidade. Nesse cariz, Waldo Fazzio Junior ensinou com bastante propriedade que:

A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandado ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má fé.⁹



Para De Plácido e Silva:

Improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral.¹⁰

A conceituação exarada por Marino Pazzagliani Filho também é digna de nota, pela abrangência e pertinência:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico pela chamada corrupção administrativa que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios.¹¹

De se salientar a probidade administrativa como direito fundamental do cidadão. Friso que o Art. 37 da CF/88, que enumerou os princípios norteadores da Administração Pública, demonstra *usque ad satietatem*, que é direito fundamental do cidadão a probidade no trato com a *res publica*. Prova cabal de tão circunstância, é que o próprio texto penaliza a improbidade administrativa (§ 4º do mesmo dispositivo).

Conforme já comentado, é inegável que o cidadão tem direito a uma Administração Pública vestida de inteira probidade, e este direito é de caráter fundamental, mesmo não estando relacionado de maneira expressa dentre os constantes no rol do Art. 5º da CF/88, nem no Art. 37 da mesma Constituição.

Num primeiro passar de olhos, parece que os direitos, deveres e garantias fundamentais estão restritos aos setenta e sete incisos do Art. 5º da Constituição Federal, o que, melhor analisando, percebe-se não ser verdadeiro. Existem outros dispositivos constitucionais espalhados pelo Texto, que veiculam normas com a mesma natureza fundamental.

O mencionado Art. 5º não estampa um rol taxativo, sendo tão somente enunciativo. De se lembrar dos ensinamentos sempre precisos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior sobre o tema:

Ao apontarmos as características acima, constatamos que os direitos fundamentais não são só aqueles enumerados pelo Título II da nossa Constituição, mas todos os que contenham as características apontadas, integrando, ou não, a parte reservada aos direitos fundamentais no texto constitucional.¹²

No mesmo viés, em obra específica sobre o tema, Vladimir Brega Filho, chancelando o entendimento majoritário, entendeu que os direitos, deveres e garantias fundamentais podem ser encontrados em muitos outros dispositivos constitucionais e, com brilhantismo, assegurou:

Mas será que só existem direitos individuais no art. 5º da Constituição Federal, ou seja, o rol do art. 5º é taxativo?

A enumeração de tantos direitos e garantias poderia nos levar a uma resposta afirmativa. Afinal, por que o legislador faria uma citação de direitos tão longa, se eles pudessem ser ampliados ou encontrados em outros trechos da Constituição?

Mas basta lermos o § 2º, do mesmo artigo, que chegaremos à conclusão em sentido diverso.

[...]

Assim, é possível encontrarmos no texto constitucional outros direitos individuais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou tratados internacionais.

[...]

Existindo direitos individuais implícitos, com muito mais razão podemos dizer que existem direitos individuais expressos dispersos em outros trechos da Constituição, ou seja, existem direitos e garantias em toda a Constituição.

[...]

Dessa forma, reconhecemos a existência de direitos individuais explícitos em todo o texto constitucional, de direitos individuais implícitos e de direitos individuais decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, que não seriam explícitos na Constituição e não decorreriam de seus princípios.¹³

É inegável, portanto, que podemos encontrar direitos fundamentais em todo o texto constitucional, mesmo que não localizados nos incisos do Art. 5º da CF/88. O Supremo Tribunal Federal já decidiu dessa forma, considerando cláusula pétrea o Art. 150, III, "b", da Constituição Federal, que trata do princípio da anterioridade tributária, entendendo que a emenda constitucional nº 03/93, ao visar extirpá-lo, afrontou o Art. 60, § 4º, inciso IV, que prevê a inviolabilidade dos direitos e garantias individuais fundamentais.¹⁴

Na mesma oportunidade, foram declarados como fundamentais os direitos à nacionalidade (Arts. 12/13 da CF/88) e os direitos políticos (Arts. 14/16), o que lhes conferiu todas as características inerentes à natureza fundamental, inclusive e especificamente



quanto à sua imutabilidade por intermédio de qualquer processo legislativo que seja. Tal circunstância foi bem lembrada por Alexandre de Moraes:

Importante, também, ressaltar que na citada ADIn 939-7/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou que a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.¹⁵

Aqui, oportuno mencionar que a improbidade administrativa vem prevista também no Art. 15, V da CF/88¹⁶, já decretado como veiculador de direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn 939-7/DF.

Ora, se a violação da probidade administrativa é vedada, sob pena de cassação dos direitos políticos, resta mais do que evidenciada a intenção do legislador originário em emprestar-lhe grande importância, impingindo ao administrador público a obrigatoriedade em sua observância e, via de consequência, conferindo ao cidadão o direito de que aquele vá efetivamente observá-la quando do gerenciamento da coisa pública.

Nesta senda, ao mesmo passo em que a probidade administrativa é um dever daquele que se presta a gerir a res pública, apresenta-se como um direito daquele que é gerido, a que a conduta do gestor público seja limpa, retilínea e proba.

E não é só.

Importante destacar que se pode conceituar tais direitos como uma categoria jurídica que tem o fim de proteger e viabilizar a dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões¹⁷, vale dizer, o povo tem direito a não sofrer arbítrios por parte do Estado, inclusive e especificamente no que pertine à concessão das condições de digna sobrevivência do cidadão. Isso só será possível com a observância dos princípios constitucionais orientadores da Administração Pública (Art. 37, caput) e, conseqüentemente, com o prestígio da probidade administrativa, até porque somente pode ser considerada proba uma administração que prestigie e se oriente pelos princípios mencionados.

Alexandre de Moraes destacou, enfatizando a dignidade humana como verdadeira premissa dos direitos fundamentais, que:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.¹⁸

Com isso, não é errado afirmar-se que toda norma constitucional, onde quer que se situe no texto, direcionada a tutelar a dignidade da pessoa humana, de maneira específica ou indireta, é norma de caráter fundamental.

Inquestionável, nessa linha de raciocínio, o prestígio que a Constituição Federal confere à dignidade da pessoa humana, aliás, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III).

Assim também se posicionou Konrad Hesse, para quem os direitos fundamentais visam criar e manter pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.¹⁹

Alexandre de Moraes, finalizando a questão, concluiu que “a previsão dos direitos direciona-se basicamente para a proteção da ‘dignidade da pessoa humana’ em seu sentido mais amplo”.²⁰

Cumprido ao Estado, invocado aqui de maneira ampla, uma vez que engloba todos os entes que compõem a Federação, diante da organização espacial do poder, prestigiar a dignidade da pessoa humana, assim como os demais fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre eles a cidadania, a soberania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Via de consequência, à Administração Pública cabe, portanto, o dever de zelar pela prevalência, proteção e realização dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, prestigiando e garantindo as pilastras mestras do próprio Estado Democrático de Direito.

E estes valores somente podem estar presentes quando os administradores públicos agem em conformidade com a lei, com os princípios norteadores de uma boa administração, o que nos leva a concluir que o cidadão tem direito a uma Administração Pública proba, direito este de caráter e natureza fundamental.

Nesse viés, entende-se que o Art. 37, caput, da CF/88 é norma de direito fundamental do cidadão, uma vez que lhe protege contra o mau administrador, conferindo àquele que deve gerir a coisa pública, com o fim de realizar as necessidades e imposições sociais e constitucionais, a obrigação de observar os princípios lá dispostos, quais sejam, a legalidade, a



impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

A observância destes princípios faz com que o administrador público vista a sua conduta administrativa de probidade, o que nos autoriza afirmar que a probidade administrativa é, também, um princípio constitucional da Administração Pública, mesmo que se o admita como subsidiário da moralidade administrativa.

Essa correlação é bem lançada por José Afonso da Silva, para quem a probidade administrativa “é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (Art. 37, § 4º)”.²¹

A ligação entre a moralidade e a probidade, sob a ótica da Administração Pública, é acompanhada por outros doutrinadores, como Maurício Ribeiro Lopes, ao afirmar que: “o velho e esquecido conceito de ‘*probus*’ e de ‘*improbus*’ administrador público, está presente na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas, e penais”.²²

Por mais essa razão, entende-se que a probidade administrativa, assim como a moralidade, é direito fundamental do cidadão.

Outro ponto que denota tal característica é o fato de que não se pode extirpar do texto constitucional os princípios que norteiam a Administração Pública, obviamente colocados com o fim de extinguir, ou ao menos diminuir as possibilidades de se administrar mal e maliciosamente o dinheiro público e as instituições públicas, as coisas da sociedade. Mais uma vez se encaixa aqui o prestígio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da CF/88).

Nesse passo afigura-se oportuno atestar discordância com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que aponta como ímprobo apenas aquele ato que gera dano ao erário público, ou o enriquecimento do agente ou de outrem. Assim também o é com relação à moral, que pode ser ofendida sem que se pratique ato ilícito ou danoso.

Com isso, a adjetivação de ímprobo ou de imoral a um ato administrativo, independe do seu potencial lesivo em caráter material, financeiro.

Nesse sentido, bem destacou Juarez Freitas, rechaçando idéia de que a improbidade exige a ofensa ao erário ou o enriquecimento ilícito do agente, ou seja, que depende da ocorrência de um dano, salientando que o princípio da probidade administrativa é:

[...] aquele que veda a violação de qualquer um dos princípios, independentemente da caracterização de um dano material, desde que tal violação se mostre causadora concomitante de um dano mensurável, num certo horizonte histórico, à moralidade administrativa.²³

Nessa senda, desrespeitando o administrador público qualquer dos princípios constitucionais orientadores da Administração Pública, estará, com tal atitude, praticando ato de improbidade administrativa, mesmo que nenhum dano material tenha gerado tal ato.

Wallace Paiva Martins Junior em obra específica sobre o assunto, ressaltou a ética e a honestidade, afirmando que o princípio da probidade administrativa:

[...] do qual irradiam deveres concretizadores de suas premissas fundamentais visa a assegurar a rígida eficácia social dos princípios da Administração Pública (que não se esgotam nos quatro postulados condicionantes da sua atividade), tendo como base a preservação dos valores éticos fundamentais inerentes à Administração Pública e seus agentes.²⁴

Resta, portanto, evidenciado e demonstrado que a probidade administrativa é direito fundamental dos administrados, assim como o ato a ela ofensivo não se limita aquele que originou um dano. O dano financeiro, portanto não é requisito essencial para a caracterização da improbidade.

Basta, para que um ato seja ofensivo à probidade administrativa que ele afronte e desrespeite quaisquer dos princípios da Administração Pública, elencados no Art. 37, caput, da CF/88.²⁵

E assim o é porque, para que um ato seja adjetivado como *probo*, deve trazer em si a observância dos cinco princípios constitucionais orientadores da Administração Pública.

2.1 Conseqüências da natureza fundamental da probidade administrativa

Partindo da premissa acima demonstrada, de que a probidade administrativa é um direito fundamental, lembrando mais uma vez dos ensinamentos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior²⁶, pode-se mencionar as seguintes características a ele inerentes:

Historicidade: os direitos e garantias fundamentais têm caráter histórico, já que seu nascedouro remonta às origens do cristianismo.



Universalidade: os direitos estendem-se a todos os seres humanos, de maneira indiscriminada, não se limitando a um só, individualmente considerado ou a um grupo deles.

Limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos. Significa dizer que os direitos e garantias fundamentais podem chocar-se. Em síntese, ocorre colisão quando o exercício de um direito fundamental se coloca em choque com outro, também em exercício pelo seu titular. Ocorrendo tal circunstância, há que se estabelecer um mecanismo de equacionamento para que um dos dois direitos ceda, de acordo com o caso concreto.

Concorrência: os direitos fundamentais são cumuláveis, pois, num só ato, pode o cidadão utilizar-se de vários deles ao mesmo tempo.

Irrenunciabilidade: os direitos fundamentais são irrenunciáveis, o que vale dizer que são indisponíveis por seus titulares. O que pode ocorrer é o não exercício de um direito, mas nunca a sua renúncia.

Alexandre de Moraes citou, também como característica dos direitos e garantias fundamentais a inviolabilidade, conceituando-a como a “impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal”.²⁷

Para este estudo, em que pesem a grande valia de todas as características acima citadas, a mais importante é a aplicabilidade imediata, ou seja, a aplicabilidade dos direitos fundamentais independe de regulamentação legislativa infraconstitucional posterior.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em monografia sobre o tema, salientou:

A Constituição de 1988, no art. 5º, § 1º, edita uma regra que é novidade no direito pátrio. Trata-se da ‘aplicabilidade imediata’ das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas figurem letra morta por falta de regulamentação. [...].²⁸

Com isso, os direitos e garantias fundamentais são aplicáveis de imediato, ou seja, não dependem de regulamentação legislativa infraconstitucional para serem viabilizados, utilizados e invocados por seu titular.

Se é obvio que não necessitam de regulamentação normativa, parece axiomático que nunca se poderá limitar a abrangência destes direitos e garantias, por qualquer espécie legislativa que seja!

Isso fica ainda mais evidente quando se lembra da inviolabilidade, enquanto característica dos direitos e garantias fundamentais, que impede os atos infraconstitucionais, de qualquer natureza ou competência, de desrespeitá-los ou contrariá-los e mesmo de restringi-los.

Dentre esses “atos infraconstitucionais” ou “atos de autoridades públicas” está, sem dúvida, a aplicação da lei pelos juízes, obviamente depois do labor interpretativo, que também não se afasta da conceituação anunciada.

Destaca-se então, como conseqüências da natureza fundamental do § 4º e caput do Art. 37 da CF/88, a sua aplicabilidade imediata, de eficácia absoluta, que dispensa lei regulamentadora e a impossibilidade de restrição à sua abrangência, por qualquer ato que seja (até mesmo interpretativo), inclusive eventual legislação posterior (lembrando que sequer por Emenda à Constituição pode-se suprimir ou restringir tais direitos e garantias).

3 O princípio da moralidade administrativa

Trata-se de princípio vetor da Administração Pública, de observância obrigatória pelo gestor da coisa pública, em todo e qualquer ato que pratique, que sempre deve dirigir-se ao bem comum.

Rodolfo Camargo Mancuso, embasado nos fundamentos de Welter (*Lê controle juridictionnel de la moralité administrative*, 1930), citado por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, esclareceu o conceito:

A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.²⁹

Mais adiante, os mesmos doutrinadores mencionados concluem que “moralidade administrativa é um conceito jurídico, cujo apanágio pode ser identificado no conjunto de valores informativos das regras e princípios administrativos”.³⁰ Alexandre de Moraes, também tratando do princípio da moralidade administrativa, ensinou que:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua



função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.³¹

José Guilherme Giacomuzzi³², que sustentou uma divisão do conceito de moralidade administrativa, afirmou que esta é composta, também, pelo dever de probidade administrativa, ou seja, uma espécie de moralidade subjetiva³³. Ensinou que o ato de improbidade possui um caráter eminentemente subjetivo e trata-se de um ato ilícito. Obtemperou o autor que a moralidade administrativa sempre foi vinculada à corrupção e à ação desonesta do administrador.

Luiz Manoel Gomes Junior, também tratando do princípio da moralidade administrativa, ensinou que:

Pelo Princípio da Moralidade Administrativa, deve o administrador guiar-se pela noção de moral, buscando na finalidade do ato administrativo o interesse público, de modo que o seu agir seja sempre guiado pelos parâmetros legais, almejando um resultado o mais satisfatório possível para a coletividade. Toda vez que tal finalidade –interesse público- não estiver sendo objetivada, não se pode ter como respeitado o Princípio da Moralidade Administrativa.³⁴

A moralidade administrativa então, como se vê, deve ser vista com um amplo conceito de moral, onde o administrador público, ou quem lhe fizer as vezes, deve agir e postar-se sempre limpa e probamente, obedecendo aos princípios da Administração Pública.

Nesse sentido são os ensinamentos de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, que lecionou:

É preciso compreender que vários dos direitos fundamentais – liberdade, igualdade, legalidade, e outros – conquista árdua e laboriosa de milhares de gerações, para serem preservados e válidos no território de um Estado necessitam de uma guarida moral por parte desse mesmo Estado. O princípio da moralidade, da ética na Administração, é um dos instrumentos mais eficazes de proteção de vários outros direitos ou princípios formalmente reconhecidos. Não há proteção eficaz da liberdade e a igualdade soa uma falácia diante das condutas imorais ou anti-éticas da Administração.³⁵

A moral é, portanto, condição *sine qua non* para a verificação de prevalência dos direitos fundamentais na sociedade. É o pano de fundo que deve acompanhar a conduta de todos, e ainda mais dos agentes públicos que se empreitam na gestão da coisa pública, que têm o dever de zelar pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

3.1 A imprescindibilidade da moral da elaboração, interpretação e aplicação das leis

A importância do princípio da moralidade administrativa, ineludivelmente ganhou mais ênfase quando da sua inserção como princípio constitucional expresso, de observância obrigatória para a Administração Pública (CF/88, Art. 37, caput).

Tal circunstância fez com que fosse voltado o foco para uma questão muito antiga: a relação entre o direito e a moral.

Nesta esteira, a moral exsurge como elemento presente e inafastável, mormente em questões afetas à Administração Pública, e em todos os seus espectros. Nesse sentido, ensinou Maria Sylvia Zanella di Pietro:

O princípio da moralidade tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual a Administração opta para atingir cada uma das suas finalidades.

[...]

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.

Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna.³⁶

Diante disso, é negável que a moral deve sempre orientar o ato administrativo a fim de que a sociedade acabe por aprovar a conduta tomada, independentemente de ter ela gerado um dano, ou ainda de estar atrelada a um ilícito, o que o levaria para a seara da ilegalidade.

Nesse contexto, emerge também a imprescindibilidade da moral não só com relação à interpretação da lei, como também em casos de integração, em existindo lacunas no ordenamento jurídico.



A interpretação é da essência da própria lei, que não raras vezes, comporta vários sentidos. Todos a interpretam. Particulares, o Estado, o Judiciário, enfim, a hermenêutica é uma ciência presente, mesmo quando não se percebe.

Vários foram os métodos pensados, defendidos e utilizados para a interpretação da lei, mormente pelos juristas. São estes alguns dos tipos de interpretação: literal ou gramática; lógico-sistemático; teleológica etc.

Depois de analisá-los, Miguel Reale traçou pontos essenciais em todas as formas interpretativas, que são:

- a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consciência axiológica (valorativa) do Direito;
- b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada;
- c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.³⁷

E concluiu ainda o autor, com a mesma maestria, que ao interpretar a lei, o intérprete pode dar

[...] uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão a luz de novas valorações emergentes no processo histórico.³⁸

De tudo que ele ensinou, destaca-se o caráter criador da própria hermenêutica jurídica, onde o intérprete deve conferir à lei o significado que melhor espelhe os valores do direito e, por óbvio, da moral, mas nunca se afastando da intenção do legislador (interpretação teleológica), da *ratio essendi* da lei.

E é inegável que, ou movidos por interesses espúrios ou ainda por, simplesmente, desviarem-se da sua real função social-educativa-valorativa-sancionatória, intérpretes da lei dão a ela, não raras vezes, significados que não condizem com a sua *ratio essendi*, ou seja, surgem interpretações imorais, a imoralidade no manuseio dos métodos de interpretação que acabam por gerar atos inválidos e conseqüências não desejadas pelo legislador originário.

Assim, indissociável da hermenêutica jurídica a moral, que deve guiar o intérprete na busca pela interpretação da lei, a fim de que dela extraia sua real razão de existir, interpretando-a sistematicamente com a Constituição Federal.

Na mesma esteira, aliás, como não poderia deixar de ser, segue a aplicação da lei pelos operadores do direito.

4 O Princípio da Segurança dos Negócios Jurídicos

4.1 Breves considerações

De muita pertinência, à guisa de intróito no estudo deste princípio, é citar uma frase de autoria de Hector Villegas: “Seguras están las personas com certeza de que el Derecho es objetivamente uno, y de que tanto el Estado como los ciudadanos lo acatarán.”³⁹

Afigura-se óbvio até aos mais leigos o fato de que a segurança jurídica aloja-se na certeza social da respeitabilidade do direito posto, não só por aqueles que governam como por aqueles que são governados, direito este que deve sempre ser encarado de maneira unitária, já que a sua divisão é, aos olhos dos juristas, apenas pedagógica.

Paulo de Barros Carvalho é um dos doutrinadores que defendem a segurança jurídica como um “sobreprincípio”, salientando que este pode ser conceituado como “conjuntos de princípios que operam para realizar, além dos respectivos conteúdos axiológicos, princípios de maior hierarquia”. Continuou o citado professor a destacar que:

Não haverá respeito ao sobreprincípio da segurança jurídica sempre que as diretrizes que o realizem venham a ser concretamente desrespeitadas e tais situações infringentes se perpetuem no tempo, consolidando-se.⁴⁰

Assim não é equivocado afirmar que um “sobreprincípio” coloca-se como um valor superior ao próprio princípio, mesmo que não positivado de maneira expressa no ordenamento jurídico, mas sim, como razão de ser dos demais. Paulo de Barros Carvalho foi feliz em afirmar que:

A segurança jurídica não constaria de regra jurídica explícita de qualquer ordenamento jurídico, senão realizando-se pela atuação de outros princípios como o da legalidade, da irretroatividade, da igualdade e da universalidade da jurisdição.⁴¹

É neste mesmo viés que lecionou Souto Maior Borges, ao afirmar que:

a segurança jurídica pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes, inspira as normas que, no âmbito do Direito Positivo, lhe atribuem efetividade.⁴²



4.2 Conceito e particularidades

Inegável que a segurança jurídica é, senão o maior, um dos maiores anseios de toda sociedade. É nela que se sustenta a democracia e a garantia dos direitos fundamentais previstos. É, portanto, o sustentáculo do Estado Democrático e Direito.

Não parece exagerado afirmar que a segurança jurídica é condição sine qua non da própria existência da sociedade, um pressuposto da sua manutenção.

Ora, se a sociedade não crer que existe segurança jurídica no sistema ao qual se subordina, surge lugar para a proliferação da anarquia, da baderna, dos desmandos, do caos.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, em clássico ensinamento a respeito do tema, salientou que:

entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver.⁴³

Ainda no mesmo viés, bem ressaltou Geraldo Ataliba, ao afirmar que o direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança.⁴⁴

A segurança jurídica é fruto da sua própria ordem, é fruto da certeza e este é o valor peculiar do direito, sua específica especificidade, algo não abstrato, geral e esquemático, e sim concreto, específico, correlativo às experiências singulares.⁴⁵

Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, onde impera o Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (Art. 1º, incisos I a V da CF/88), para serem efetivados, pressupõem a presença da segurança jurídica, uma vez que, sem esta, aqueles seriam meras citações literárias sem qualquer reflexo no mundo jurídico.

No mesmo sentido ainda podem ser mencionados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º, incisos I a IV da CF/88), que também ficam absolutamente impossibilitados de serem alcançados sem que haja a prevalência da segurança jurídica.

É absolutamente óbvio que estes fundamentos e objetivos não são apenas conselhos ou recomendações sem qualquer importância. São diretrizes do sistema, de observância obrigatória, uma

vez que a Constituição Federal tem evidente força normativa e é o estatuto da garantia dos direitos dos cidadãos.

Não se considerando dessa forma seria, no mínimo, aceitar que a Constituição é mera carta de intenções, apenas uma elaboração literária sem função social e sem força impositiva.

O direito é posto para conferir certeza, com uma ordem genérica e interna, onde existam indicações e garantias.⁴⁶ É neste sentido que lecionou Dalmo de Abreu Dallari, destacando que:

a segurança jurídica é indispensável para os governantes e os governados. Para os governantes, a fim de que possam desempenhar plenamente suas atribuições, usando com o máximo de eficácia os instrumentos legais, tendo a certeza de que não irão sofrer, mais tarde, as conseqüências dos atos que tiveram praticado como agentes do poder público". "Para os governados é, talvez, mais evidente ainda a necessidade de segurança jurídica, para que, sob pretexto de razão de Estado, não sofram o arbítrio e a violência, ficando à mercê de autoridades mal preparadas, desprovidas de espírito público, incapazes de compreender seu papel de órgão social, ou, o que não é raro, empolgadas com a possibilidade de exibirem alguma superioridade.⁴⁷

A grande verdade, da qual ninguém foge, é que os valores constitucionais somente podem ser atingidos com a observância, com o império da segurança jurídica em todo o sistema, consistindo esta segurança "no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida".⁴⁸

Nesse viés, interpretar e aplicar a lei de maneira contrária ou incoerente com o sistema jurídico do qual é parte integrante, é ferir a segurança jurídica, uma vez que causa surpresa ao jurisdicionado, mormente no tema em discussão, onde a sociedade suplica por penas severas contra aqueles que praticam atos de improbidade administrativa.

O desprestígio da segurança jurídica gera o desespero social, uma descrença nas instituições estatais ante a sensação evidente de impunidade, de injustiça, de descontrole.

Ilustrando tal questão, mencionamos os ensinamentos prestados pelo Prof. Geraldo Ataliba, que bem destacou a vital importância da segurança jurídica para o ordenamento como um todo:

Quem quer escrever um livro não escreve, pois a CF pode mudar; o legislador diz 'por que eu vou fazer uma lei, se isto aqui vai mudar'? Os Tribunais dirão



"por que vamos esforçar-nos em fazer uma bela jurisprudência se isto aqui também vai mudar"? E assim nós solapamos exatamente o chão sobre o qual pisamos, porque tiramos o essencial, o básico, o elementar, o condicional de todo o resto que é a segurança jurídica.⁴⁹

4.3 A segurança jurídica e o respeito à Constituição Federal

Nossa Constituição é rígida e suprema com relação aos demais textos normativos. É base da República Federativa e, via de consequência, função e razão do próprio Estado Democrático de Direito.

A consciência social da força constitucional, da sua supremacia não apenas teórica, mas prática, é também uma consequência da prevalência no ordenamento jurídico da segurança jurídica.

O respeito à Constituição enquanto norma estrutural do Estado Democrático de Direito necessita da observância do "sobreprincípio" da segurança jurídica, já que todos os demais se esvaziariam caso não existisse o temor, o medo em violar a Constituição. E este temor somente pode ser imaginado se presente a segurança jurídica.

Caso assim não se imaginar e não se admitir, estar-se-ia considerando, como já dito, como simples carta de intenções o texto constitucional, ou seja, relegar-se-ia ao esquecimento toda a base estrutural do sistema democrático como um todo e de nada valeria, por exemplo, prever-se expressamente direitos fundamentais sem, contudo, estabelecer-se meios hábeis e efetivos para a tutela destes direitos, e que estes meios, real e verdadeiramente, protegessem estes direitos.

Seria o nascedouro da incontestável impressão de nada ter, de nada esperar. O medo do que pode vir a acontecer. Isto é a insegurança jurídica, já que os jurisdicionados não sabem o que esperar, não sabem o que pode acontecer.

A consciência constitucional, fulcrada na segurança jurídica, confere ao jurisdicionado a garantia de não sofrer surpresas. A segurança de que os seus direitos serão respeitados, sempre com a maior efetividade possível.

Essa segurança identifica-se também quando o cidadão tem ciência, previamente, de quais penas serão imputadas aqueles que praticam atos ímprobos à frente da Administração Pública.

Dalmo de Abreu Dallari empresta mais um importante ensinamento com relação ao tema, destacando que:

Onde a CF é efetivamente aplicada as pessoas percebem sua existência e suas vantagens e todos estão sempre conscientes, em cada situação, de estarem agindo de acordo com ela ou contra ela.

Existindo essa consciência constitucional, será muito difícil o uso arbitrário de qualquer poder, pois cada pessoa exercerá vigilância sobre a constitucionalidade dos atos e os que afrontarem a CF terão a repulsa imediata de todo o povo.

Mesmo aqueles que dispõem de qualquer espécie de poder agirão com mais justiça se tiverem essa consciência constitucional, pois ainda que desejem obter lucros ou vantagens terão escrúpulos em contrariar a CF.

E se não for suficiente sua consciência acabarão obedecendo à CF por conveniência, sabendo que a consciência constitucional do povo determinará uma reação pronta e generalizada se alguém desrespeitar os preceitos constitucionais visando obter proveitos pessoais.

É interessante notar que a experiência dos povos revela a ocorrência de um círculo vicioso: onde não se respeita a CF é cada vez menor o seu prestígio e cada vez maior a tentação de agir contra ela; onde existe o costume de respeitar a CF esta é cada vez mais forte e são menos frequentes as tentativas de ação inconstitucional.⁵⁰

Portanto, resta evidenciado que a consciência constitucional é, ao mesmo tempo, um pressuposto e uma consequência do "sobreprincípio" da segurança jurídica. Alia-se o respeito à Constituição ao temor de infringi-la, que somente estará presente se, juridicamente, houver a certeza que, de forma exemplar, toda e qualquer violação operada contra ela será devidamente tutelada pelo sistema.

Nesse contexto, de muita pertinência frisar que, para se obter a tão decantada segurança jurídica, o ordenamento jurídico deve ser interpretado e à luz do Texto constitucional, vale dizer, deve-se emprestar exegese vertical, onde no topo encontra-se a Constituição Federal, ou seja, a interpretação do ordenamento deve partir sempre da Constituição para as demais normas infraconstitucionais, que lhe devem obediência e subserviência.

Nesse viés, com brilhantismo lecionou Nelson Nery Junior, atestando:

[...] É cada vez maior o número de trabalhos e estudos jurídicos envolvendo interpretação e aplicação da Constituição Federal, o que demonstra a tendência brasileira de colocar o Direito Constitucional em seu verdadeiro lugar: o de base fundamental para o direito do país.



O intérprete deve busca a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressupôs o exame da Constituição federal. Depois sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema.

Caso a lei infraconstitucional esteja em desacordo com o texto constitucional, não deve, por óbvio, ser aplicada. [...]

Esta é a razão pela qual todos devem conhecer e aplicar o Direito Constitucional em toda a sua extensão, independentemente do ramo do direito infraconstitucional que esteja examinando.⁵¹

Com isso, toda norma, mormente aquela que se presta a regulamentar dispositivos constitucionais, como é o caso da Lei nº 8.429/92, ainda que, repiso, o Art. 37, §4º, por veicular norma de caráter fundamental, não prescinda de norma infraconstitucional para viabilizar-lhe a aplicação, deve ser interpretada e aplicada pelo julgador com estrita observância dos ditames constitucionais, sob pena de vilipendiar o próprio Texto.

4.3 A segurança jurídica e a hermenêutica

Como já anunciado, a moral deve estar presente não só na elaboração, como também na interpretação e aplicação da lei⁵², sendo ingrediente indispensável para o respeito ao Estado Democrático de Direito.

Quando o hermeneuta se presta a enfrentar a lei, deve fazê-lo não só com atenção à moral, como também em exímio respeito e observância à razão de ser da lei, à sua *ratio essendi*, ao seu espírito.

Não é equivocado afirmar que toda legislação, ao nascer, tem “vida” e vem ao mundo jurídico visando um fim, vale dizer, tem, sem sombra de dúvidas, uma razão para existir.

Assim, quando a ciência da interpretação se divorcia deste espírito que motivou o nascimento da lei, não só se ofende o princípio da moralidade –aqui visto como orientador da exegese–, como também arranha a segurança dos negócios jurídicos, uma vez que, interpretar a lei de forma contrária ao seu ecossistema basilar, é o mesmo que negar validade às instituições legislativas, é, inclusive, desrespeitar sobremaneira o princípio sensível da Separação de Poderes.

5 O princípio da proporcionalidade

Em foco preliminar, destaco que não pretendo demonstrar a não presença do princípio da proporcionalidade em nosso ordenamento

constitucional, ao contrário, admito-o como presente no Texto, mesmo que não expressamente nele positivado.⁵³

O incontestável constitucionalista Paulo Bonavides, ao enfrentar a questão da proporcionalidade, atestou:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito. O Direito Constitucional Brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo, como sói ocorrer, por exemplo, com alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§ 1º do art. 149) ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (caput do § 1º do art. 45).⁵⁴

Para lançar uma pá de cal na questão, sedimentando o entendimento pela integração do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal, como lembrado por José Armando da Costa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 966-4 e 958-3,

[...] pacificou, ou pelo menos acentuou, o entendimento de que o princípio da proporcionalidade integra o contexto do nosso ordenamento constitucional, promanando diretamente o núcleo do direito fundamental referente, do princípio da igualdade ou do devido processo legal, como acertadamente entende o Ministro Moreira Alves (naturalmente que inspirado no constitucionalismo americano).⁵⁵

Posto isso, cumpre investigar, mesmo que em linhas gerais, o conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade, com foco para o caso em discussão, das sanções para atos de improbidade.

Nessa esteira, é inegável que a proporcionalidade é princípio de índole administrativa⁵⁶ que, segundo Jellinek, encontra origem no século XVIII onde, em conferência a respeito do poder de polícia, Suarez lançou seus fundamentos quando afirmou que: “O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos”.⁵⁷



Em outras palavras e na mesma linha de raciocínio, a respeito da proporcionalidade, bem lembrou José Armando da Costa:

A relação de correspondência que deve existir entre a infração disciplinar e a respectiva punição, como é óbvio, promana do princípio da proporcionalidade, o qual foi gerado na forja pretoriana alienígena, no âmbito do Direito Administrativo, como estratégia para combater os excessos que eram cometidos pela administração pública na dinâmica prática dos atos de polícia.⁵⁸

Numa evidente alusão ao equilíbrio que deve existir entre a pena e a infração, destacou Régis Fernandes de Oliveira, citando Garcia de Eterria:

Não se pode atribuir à administração o descomedimento sancionatório. Nem mesmo a lei pode estipular gravame incompatível com a falta que se pretende punir. Comentando as penas pecuniárias, escreve Garcia de Eterria que “pelo jogo combinado e sistemático de outros princípios do ordenamento não pode admitir-se, pois, uma interpretação simplista dessas leis que facultam multas ilimitadas”. Em outro tópico, afirma que “a possibilidade de um poder sancionatório desta gravidade é absolutamente injustificável”.⁵⁹

José Armando da Costa, à guisa de conclusão, exarou:

O contexto normativo do princípio da proporcionalidade no nosso jus positum como não poderia deixar de ser, considera que a relação de correspondência entre a conduta irregular e a respectiva punição constitui aspecto de legalidade do ato, constituindo, portanto, matéria censurável por meio do controle externo do Poder Judiciário.⁶⁰

Impingindo tal princípio ao tema em estudo – a punição de atos de improbidade administrativa – é que alguns doutrinadores defendem a não aplicação de todas as penas previstas – na Constituição e na lei – ao agente ímprobo, considerando-as alternativas, podendo o juiz aplicá-las de acordo com o princípio da proporcionalidade. Dentre eles, Fábio Medina Osório:

Aspecto de grande relevância, no âmbito da fixação das sanções decorrentes da improbidade administrativa, diz respeito aos casos em que a dimensão dos fatos atribuídos aos agentes não justifique a imposição cumulativa e integral de todas as sanções legais.

[...]

Perfectibiliza-se, em muitos casos, um grau de ilegalidade que, apesar de traduzir formalmente a improbidade administrativa, não revela nocividade social merecedora de todos os rigores da legislação,

sujeitando o infrator, tão somente, ao pagamento da multa civil e ressarcimento ao erário.

Cogite-se da aplicação analógica, neste campo, da teoria da reduzida potencial consciência da ilicitude.

O erro pode autorizar uma redução de sanções, dependendo do caso concreto e das circunstâncias reconhecidas pelo julgador.⁶¹

Entendo, porém, que esta interpretação é equivocada, inconstitucional e, inclusive, ímproba! Isso porque, não vislumbra-se a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para qualificar as sanções pela prática de atos de improbidade, mas apenas para quantificá-las, prescrição esta, repise-se, expressa da lei (lei de improbidade administrativa, Art. 12, parágrafo único).

6 Lei de Improbidade Administrativa – Art. 12 – inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade

A lei de improbidade administrativa é uma lei híbrida, uma vez que veicula normas de caráter material e processual. Veio ao ordenamento jurídico com o fim de regulamentar o Art. 37, § 4º da Constituição Federal⁶², que prevê expressamente as sanções pela prática de atos de improbidade administrativa.

Muito embora, como já destacado, a probidade administrativa, para o nosso ordenamento constitucional, ostente caráter fundamental, o que lhe assegura a aplicabilidade imediata⁶³, a lei regulamentadora (nº 8.429/92), mesmo despicienda, veio a enobrecer o sistema contra a improbidade na Administração Pública, ao passo em que elencou – a meu ver de forma não-taxativa – quais atos poderiam ser adjetivados como ímprobos, assim como munuiu o jurisdicionado de meios processuais aptos à tutelá-los.

No mesmo viés, mensurou as sanções já anteriormente previstas no Texto constitucional de maneira concorrente, uma vez que não lhe extirpou – e nem o poderia, sob pena de vestir-se de inconstitucionalidade – a conjunção aditiva “e”, embutida na norma pelo legislador constituinte originário.⁶⁴

É neste ponto que reside o absurdo de se pensar em facultar ao aplicador da lei – o juiz – a “escolha” entre quais sanções deve aplicar, com fulcro no princípio da proporcionalidade.

E por isso é que se pensa que a proporcionalidade não se aplica ao caso em discussão, uma vez que



Constituição Federal foi quem delimitou as penas a serem imputadas, e o fez de maneira expressa e incisiva, trazendo, para tanto, a conjunção aditiva “e”, ao invés da alternativa “ou”. Assim dispôs o legislador constituinte originário:

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

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

Note-se que não há espaço para discricionariedade na hermenêutica do dispositivo. A intenção do legislador constituinte foi de clareza mediana, facilmente identificada com a simples leitura da norma, que não deixa margens a dúvidas quando da sua ratio essendi.

O dispositivo é auto-elucidativo ao, obrigatoriamente, penalizar o agente ímprobo com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, outorgando à lei -regulamentadora- a forma e a gradação das penas. Observa-se, portanto, que o legislador constituinte previu expressamente a aplicabilidade da proporcionalidade apenas quando da quantificação das penas, não com relação à escolha delas, à qualificação.

Poder-se-ia então sustentar que a expressão “forma”, utilizada na norma, abriria esta faculdade interpretativa e aplicativa de opção entre as sanções. Mas, obviamente, não foi esta a intenção do constituinte.

A “forma” refere-se ao potencial lesivo do ato, ou seja, se ocasionou lesão material (ao erário) ou não (improbidade sem dano = violação dos princípios orientadores da Administração Pública, por exemplo). Ora, se o ato de improbidade administrativa não gerou dano, é evidente que não se pode condenar o agente ímprobo ao ressarcimento do erário, pois não houve o prejuízo aos cofres públicos.

Por esta razão que andou bem – e aí se localiza a exegese da expressão “forma” - a lei regulamentadora (lei nº 8.429/92) ao prever três tipos de atos de improbidade administrativa: os que causam importam em enriquecimento ilícito (Art. 9); os que causam prejuízo ao erário (Art. 10); e os que ofendem os princípios da Administração Pública (Art. 11). Ora, de

fato existem várias espécies de atos de improbidade, sendo óbvio que alguns ostentam menor potencial ofensivo, causando menor clamor social.

Porém, tal circunstância não está a autorizar a dosimetria qualificativa das penas – e por isso não há que se falar na aplicabilidade do princípio da proporcionalidade -, mas apenas quantitativa, como previu também expressamente o legislador infraconstitucional, já em evidente respeito ao princípio da proporcionalidade.

É nítida a proporcionalidade emprestada aos diversos tipos de atos ímprobos, como se observa do inciso I, do Art. 12, aplicável aos atos tipificados no Art. 9; do inciso II, do Art. 12, aplicável aos atos tipificados no Art. 10; e do inciso III, do Art. 12, aplicável aos atos tipificados no Art. 11.

E não é só: para não haver dúvida, no parágrafo do Art. 12, também auto-elucidativo, previu o legislador a aplicação do princípio da proporcionalidade:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

...
Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

De se observar, inclusive, que a discricionariedade – entenda-se: proporcionalidade -, como já mencionado quando enfrentei a interpretação da expressão “forma”, reside apenas e tão somente quando da mensuração das sanções, não com relação à qualificação delas. Todas devem ser observadas, concomitantemente.

A proporcionalidade encontra-se na discricionariedade do julgador ao, analisando o potencial ofensivo do ato ímprobo praticado, graduar as penas direcionadas ao agente imoral.

Com isso, atentando o ato apenas contra os princípios da Administração Pública, por exemplo, sem gerar nenhum dano, nada impede que o julgador condene o infrator nas penas mínimas, ao passo em que, causando prejuízo aos cofres públicos, e beneficiando-se com o ato desvirtuoso, pode o magistrado penalizá-lo com a pena máxima. Contudo, todas as modalidades de sanção devem ser colocadas na pena.

Por tudo isso, o princípio da proporcionalidade não pode ser invocado para justificar a “escolha” das penas a serem aplicadas quando da sanção dos atos de improbidade administrativa, pelo simples fato de



estar previsto, em regra de caráter fundamental e de forma expressa, a penalização concorrente dos atos de improbidade administrativa.

7 Conclusão

Relembrando aqui o prefácio deste estudo, aquela ementa da lavra do eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que alimentou a minha discordância e a elaboração deste singelo trabalho, destaco aqui, a guisa de remate, o seu evidente equívoco em admitir a faculdade de escolha das sanções a serem aplicadas pelo julgador, invocando para tanto o princípio da proporcionalidade.

Senão veja-se:

A proibidade administrativa é um direito fundamental do cidadão, ao passo em que se coloca como um dever, também fundamental, do Estado, vale dizer, daqueles que se prestam a geri-lo.

Em ostentando tal natureza, as normas que a protegem –penalizado, repudiando a improbidade– gozam de aplicabilidade imediata (CF/88, art. 5º, § 1º), assim como de inviolabilidade.

A primeira característica aponta a desnecessidade de norma regulamentadora infraconstitucional para efetivar a sua aplicação. Na mesma esteira, resta óbvio que, se o legislador derivado se prestar a regulamentar o dispositivo, deve fazê-lo de forma tal a não restringir o comando constitucional, sob pena de, ferindo-o, vestir a modalidade legislativa empalmada de inconstitucionalidade.

A segunda aponta para a blindagem do direito fundamental, ou seja, não pode ele ser desrespeitado por ato infraconstitucional, qualquer que seja a sua natureza, inclusive e especificamente atos interpretativos e aplicativos (pelos operadores do direito). Assim, em obediência a esta característica, não é facultado o intérprete fazer aquilo que nem o legislador pode, ou seja, restringir a aplicação do dispositivo constitucional, ao passo em que é vedado aos juízes, na sua aplicação, agir de forma tal a desprestigiar-lo, mesmo que por via oblíqua, enfraquecendo a sua incidência.

Não obstante isso, a moralidade administrativa, princípio vetor da Administração Pública (CF/88, Art. 37, caput), também deve ser invocada para justificar a impossibilidade de se impingir o princípio da proporcionalidade às sanções por ato de improbidade administrativa, a fim de justificar a incidência alternativa das penas, e não concorrente, como

evidentemente e expressamente quis o legislador constituinte originário (§4º).

Tal princípio gera um espectro de conseqüências no mundo jurídico, assim como revitaliza, ao menos na seara administrativa, a relação entre a moral e o direito.

Assim, a moral, diversamente do que costumeiramente se ensina nos bancos de academia, não se dissocia do direito, mas o integra.

Neste viés, é inegável que a moral deve ser observada e respeitada não só na elaboração da lei, mas também na sua interpretação e aplicação pelos operadores do direito.

É preciso ainda lembrar do “sobreprincípio” da segurança dos negócios jurídicos, que protege o jurisdicionado de surpresas quando da instituição e fruição do ordenamento jurídico como um todo.

A segurança dos negócios jurídicos é, sem sombra de dúvidas, uma das pilastras mestras do Estado Democrático de Direito, ensejando o estrito respeito aos ditames constitucionais, sob pena de derribamento da própria República Federativa.

Com isso, evidente está que, ao se admitir a possibilidade de “escolha” das sanções a serem imputadas aqueles que praticam condutas ímprobas à frente da Administração Pública, mesmo que se empalmando para tanto o importante princípio da proporcionalidade, é um atentado contra o princípio da segurança dos negócios jurídicos e contra o direito fundamental da proibidade na Administração Pública, pois se nem o legislador pode alterar a Constituição – no que se refere à proibidade administrativa, por ser norma de caráter fundamental-, nem mesmo por meio de emenda constitucional, (já que se trata de cláusula pétrea – Art. 60, § 4º, IV), que dirá o intérprete ou aplicador da lei!

Está mais do que evidenciada a intenção do legislador constituinte originário quando, ao prever as sanções por atos ímprobos, o fez utilizando a conjunção aditiva “e”, anunciado, com isso, que as penas são cumulativas e não alternativas. Se pretendesse fossem alternativas, utilizaria a conjunção correlata, “ou”.⁶⁵

E mais: quando quis a incidência da proporcionalidade, fez de forma expressa, limitando a discricionariedade na quantificação, não na qualificação das penas.

E a lei regulamentadora (nº 8.429/92) veio a integrar o sistema de forma coerente, uma vez que, em seu parágrafo primeiro, estampa esta proporcionalidade na quantificação das penas,



facultando ao juiz mensurá-las, em atenção ao princípio da proporcionalidade.⁶⁶

Admitir a “escolha” da penas, com fulcro no princípio da proporcionalidade, é ferir de morte o espírito da lei, que teve start promovido pelo legislador constituinte originário, quando fez inserir, no § 4º do Art. 37 da Carta Maior, quais penas eram imputadas aqueles que, à frente ou relacionando-se com a Administração Pública, praticam atos de improbidade.

A intenção da lei –sua ratio essendi- é extirpar do setor público pessoas espúrias que, valendo-se da res publica, visam o privilegio de interesses individuais, seus ou de terceiros, desprestigiando o real e maio fim da Administração Pública, que é promover o bem comum.

Esta razão, sem dúvida, é que imbuíu o constituinte e o legislador infraconstitucional a enumerarem, de forma concorrente, as penas aplicáveis aqueles que vestes seus atos com improbidade.

Em conclusão, observa-se que o posicionamento defendido pelo Ministro Luiz Fux, mercê de sua cultura jurídica, não pode prevalecer, uma vez que empresta hermenêutica que, além de incoerente com ordenamento jurídico, desprestigia a Constituição Federal, arranhando, com isso, a segurança dos negócios jurídicos, circunstância que, por si só, e via de consequência, arranha também as garantias constitucionais do processo.

Referências

- ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro**. Artigo publicado na obra *Improbidade Administrativa*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ATALIBA, Geraldo. **Revista de Direito Tributário**, 60/274.
- _____. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985.
- BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à Justiça**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- BORGES, Souto Maior. **Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo**. In: **Revista de Direito Tributário**, v. 64.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BUENO, Marlene Nunes Freitas. **Da moralidade administrativa**. Dissertação de Conclusão de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2002.
- CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t.II/684.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **O Princípio da Segurança Jurídica**. São Paulo: **Revista de Direito Tributário**, v. 61, 1994.
- _____. **Sobre os Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: **Revista de Direito Tributário**, nº 55.
- COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Segurança e Direito**. O Renascer do Direito, 2ª ed., Saraiva, 1980.
- _____. **Constituição e Constituinte**. 3ª ed., Saraiva, 1985.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FREITAS, Juarez. **Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação**. **Revista de Direito Administrativo**, v. 204.
- _____. **Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação**. *Revista Jurídica*, São Paulo, Síntese, v. 221,
- GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.



HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 21.

OLIVEIRA, Juarez de. **O Princípio Jurídico da Moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa**. Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 5, nº 48, p. 5075-5092, fev. 2005. Artigo publicado na obra *Direito Administrativo Contemporâneo – Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 133-166.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OÑATE, Flávio López. **La certeza del derecho**. Trad. S. Santis Melendo e Marino A. Redin. Buenos Aires: ed. EJE, 1953.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e as outras ações constitucionais típicas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**, 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

SALDANHA, Néson. **Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

SILVA, DE PLÁCIDO e. **Vocabulário jurídico**, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

VILLEGAS, Héctor B. **Princípio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo**. In *Cadernos de Direito Tributário*, v. 66, São Paulo: Malheiros.

Notas

1. O autor é graduado em Direito - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (1997); Especialista em Direito Empresarial - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2002) - Mestre em Direito, com área de concentração "Sistema Constitucional de Garantia de Direitos" - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2005); Pós-graduado em Sociologia Política - Universidade Federal do Estado do Paraná (2008/2009). Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade de Buenos Aires – UBA, Argentina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

2. LIA, Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do artigo 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos;

II - na hipótese do artigo 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos;



III - na hipótese do artigo 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

3. (STJ – RESP 505068 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 29.09.2003 – p. 00164)
4. OLIVEIRA, Juarez de. **O Princípio Jurídico da Moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa**. Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 5, nº 48, p. 5075-5092, fev. 2005. Artigo publicado na obra **Direito Administrativo Contemporâneo – Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 133-166.
5. SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**, Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 195. No mesmo sentido: *Diante da diretriz estabelecida neste dispositivo, comprova-se que somente no caso concreto é que o Judiciário poderá aquilatar a sanção adequada, não estando, portanto, obrigada a aplicar todas as penas previstas nos incisos supra*. (MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 134).
6. ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro*. Artigo publicado na obra **Improbidade Administrativa**, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 90.
7. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 262.
8. Cf. CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t.II/684, apud SILVA, José Afonso da. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 571.
9. FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**, São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.
10. SILVA, DE PLÁCIDO e. **Vocabulário jurídico**, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 789-799.
11. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**, 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 39/40.
12. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 91.
13. BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 76-78.
14. ADin nº 939-7/DF, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 1730-10/STF.
15. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 291.
16. CF/88, Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
...
V - improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º.
17. CF. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87.
18. MORAES, Alexandre de. Op. cit, Atlas, 1997, p.39.
19. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Sérgio Antônio Fabris, 1991, passim.
20. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 22.
21. SILVA, SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 571.
22. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 57.
23. FREITAS, Juarez. **Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação**. Revista de Direito Administrativo, v. 204, p. 71.
24. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110.
25. Cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo.



- Improbidade administrativa.** São Paulo: Atlas, 1996, p. 36, para quem a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para que seja reconhecida. Estará caracterizada sempre que a conduta administrativa contrastar qualquer dos princípios fixados no art. 37, 'caput' da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), independentemente da geração de efetivo prejuízo ao erário.
26. Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82-86.
 27. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 1997, p. 41.
 28. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 99-100.
 29. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 275.
 30. Ibid.
 31. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 312.
 32. Cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 286-287.
 33. Cf. BUENO, Marlene Nunes Freitas. **Da moralidade administrativa.** Dissertação de Conclusão de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2002, p. 152.
 34. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular: aspectos polêmicos.** Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 14.
 35. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Ética e administração pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 12.
 36. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991, p. 110-111.
 37. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, p. 284.
 38. Ibidem, mesma página.
 39. VILLEGAS, Héctor B. **Princípio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo.** In *Cadernos de Direito Tributário*, v. 66, São Paulo: Malheiros, p. 7. (*Seguras estão as pessoas que tem certeza de que o direito é objetivamente uno, e tanto o Estado como os cidadãos os acatarão* - tradução livre).
 40. CARVALHO, Paulo de Barros. **"O Princípio da Segurança Jurídica"**. São Paulo: Revista de Direito Tributário, v. 61, 1994, p. 89.
 41. CARVALHO, Paulo de Barros. **Sobre os Princípios Constitucionais Tributários.** São Paulo: Revista de Direito Tributário, nº 55, p. 150.
 42. BORGES, Souto Maior. **"Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo"**. In Revista de Direito Tributário, v. 64, p. 206.
 43. DALLARI, DALMO DE ABREU. **"Segurança e Direito"**, O Renascer do Direito, 2ª ed., Saraiva, 1980, p. 26.
 44. Cf. GERALDO ATALIBA. **República e Constituição.** São Paulo: RT, 1985, p. 18.
 45. Cf. Flávio Lopes de Oñate, **LA certeza del derecho.** Trad. S. Santis Melendo e Marino A. Redin. Buenos Aires: ed. EJE, 1953, p. 328, apud. Paulo César Santos Bezerra. **Acesso à Justiça**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13.
 46. Cf. Néelson Saldanha. **Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 34.
 47. Ibid, p. 29.
 48. cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10ª ed., Malheiros Editores, 1995, p. 412.
 49. cf. Geraldo Ataliba. **Revista de Direito Tributário**, 60/274.
 50. DALLARI. Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**, 3ª ed., Saraiva, 1985, p. 54/55.
 51. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.20, *destaquei*
 52. Item "3.a".
 53. O princípio da proporcionalidade foi positivado na Lei nº 9.784/99 (Regulamentadora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), em seu Art. 2º, que dispõe: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. *Destaquei*



54. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 77.
55. COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 71.
56. Cf. José Armando da Costa, Op. cit, p. 79/80.
57. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 370.
58. COSTA, José Armando da. Op. cit, p. 70.
59. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 71.
60. COSTA, José Armando da. Op. cit, p. 74-75.
61. OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**, 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 273.
62. CF/88, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
- ...
- § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.
63. CF/88, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
- ...
- § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
- ...
64. Lei nº 8.429/92, Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:
- I - na hipótese do artigo 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos

políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos;

II - na hipótese do artigo 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

III - na hipótese do artigo 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. destacamos

65. CF/88, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
- ...
- § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. destaquei.
66. Lei nº 8.429/92, Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:
- ...



Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

67. Artigo enviado em 02 de agosto de 2009 e aceito para publicação em 27 de outubro de 2009.