

JULIANO HEINEN

CURSO DE
DIREITO
ADMINISTRATIVO

2ª edição

revista, atualizada e ampliada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

TÍTULO II

ORDEM JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO 5

REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

5.1. Conceituação

Resumo inicial: em termos sintéticos, **regime jurídico** consiste em **um conjunto de regras e de princípios, em um todo harmônico, incidentes sobre determinado campo, categoria ou instituto do direito.**

O surgimento do **regime jurídico administrativo**, que podemos chamar também de “**direito da função administrativa**”, tem fundamento no fato de que, ao Estado, são imputadas certas missões, que se mostram compatíveis ao adimplemento das necessidades sociais. Para tanto, os entes públicos necessitam de uma ferramentaria jurídica própria, que, de um lado, garante os princípios administrativos, e, de outro, permite certas prerrogativas. Assim, o **regime administrativo** repousa em **princípios diferentes daqueles** que inspiram a lógica daquilo que está disciplinado em **outros ramos da ciência jurídica**, como o Código Civil, o Código Penal, o Código Eleitoral etc.

Qualquer **regime jurídico** é composto por princípios¹ e regras que disciplinam uma determinada **atividade**. No caso em análise, estamos a tratar das **tarefas executadas pela Administração Pública**. Tais atividades têm por fim a realização do **interesse geral**, que se revela em uma **variedade de funções executivas**². Esta multiplicidade de formas de atuação é administrada por um regime dito “**público**”, cujo catálogo de direitos e de deveres é exclusivo de quem, neste contexto, possui capacidade jurídica para

-
1. O Conselho de Estado francês reconhece que os princípios possuem “**força da lei**” (conferir acórdão de 26 de junho de 1959, que tratava das submissões dos Comissários pelo Governo de Fournier).
 2. A noção de gestão pública e de gestão privada tem como expoente a decisão proferida pelo Conselho de Estado francês, de 6 de fevereiro de 1903, quando julgou o “Caso Terrier”. Veja que a Prefeitura do Departamento de Saône-et-Loire havia prometido um prêmio para quem comprovasse ter matado cobras ou outros animais nocivos. Apesar de o Sr. Terrier ter, de fato, comprovado que matou algumas víboras, teve seu pedido negado, sob a alegação de que os recursos destinados ao prêmio tinham acabado. Ao demandar junto ao Conselho de Estado francês, tal órgão ratifica que a noção de **serviço público** é a pedra de toque na definição da sua **competência jurisdicional**, e afirma que não seria o órgão competente para analisar a demanda. Do mesmo modo – e o que é o mais importante aqui –, deixa clara a **divisão entre a gestão pública e a gestão privada das atividades exercidas pelos aparelhos de Estado**.

produzir o desenvolvimento da atividade de “administração” da “coisa pública”. Este instituto, comumente denominado de “**regime jurídico-administrativo**”³, é estudado pelo **direito administrativo**.

Então tal conjunto de regras está **inserido no ramo de direito público**, e visa, entre outras coisas, a tutelar a **ordem pública** e a **satisfazer as necessidades sociais**. São dispositivos **inafastáveis pelos particulares**, bem como impostos pelo Estado de forma **coativa e unilateral**⁴. Na essência, o regime jurídico administrativo produz **três tipos de normas administrativas**:

- (a) **Normas orgânicas**: que têm por missão **estruturar** a Administração Pública;
- (b) **Normas funcionais**: que disciplinam a **atuação**, ou seja, o **agir** administrativo;
- (c) **Normas relacionais**: as quais têm por finalidade tratar das **relações entre a Administração e outrem**, ou daquelas travadas dentro da estrutura dos entes estatais⁵.

Esse **regime jurídico administrativo**, quando efetivado na França, após a revolução de 1789, tentou ser **autêntico**, enfim, diferente dos demais ramos do direito na época existentes. Logo, os juristas daquele tempo pretendiam que fosse tal regime aplicado de modo diverso daquele prescrito às relações jurídicas entre cidadãos. Sobretudo porque ele seria, por si só, diferente daquele direito comumente incidente nas relações jurídicas triviais da sociedade. Com isto, criou-se institutos que são, até os dias de hoje, a base do direito administrativo.

O sistema de direito administrativo, então, consiste em uma **ampla gama de poderes e potestades jurídicas** que compõe o chamado “**regime exorbitante**”, que se determina e se modula de forma diversa frente a cada concepção e formatação do Estado, mormente porque acaba por variar de país para país. É, assim, um **produto histórico de cada etapa de evolução do direito administrativo**⁶.

Conceito: o regime jurídico-administrativo é um conjunto de regras e de princípios, em um todo harmônico, incidentes sobre a maioria das funções exercidas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, distinguindo-se dos demais ramos do direito, a fim de que se **satisfaçam as necessidades sociais** e/ou que se **tutelem a ordem pública**.

3. Abordado em outro ponto da obra.

4. Não que o direito privado não detenha regras de ordem pública, ou seja, atos normativos imodificáveis pela vontade das partes (v.g. regras que disciplinam o impedimento ao casamento, a capacidade civil das pessoas etc.).

5. CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 28-29.

6. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1, 1998, p. 110.

Em outros termos: o **regime jurídico-administrativo** funciona como uma **ferramenta** que franqueia a **atuação do Estado**, na **satisfação do interesse público**, consistindo em **um conjunto de princípios e de regras, formando um todo harmônico, regedor das relações administrativas**. A rigor, **incide sobre os bens, sobre os órgãos, sobre os agentes e sobre as atividades administrativas, a fim de realizar direta, concreta e imediatamente os deveres estatais**.

5.2. Regime jurídico público e privado

Em uma primeira divisão, que remonta a antiguidade clássica, formataram-se **dois principais regimes jurídicos: o público e o privado**⁷. O primeiro, que é o que nos interessa, tutelava as **“coisas públicas”**, enfim, relativas à **coletividade** e à **manutenção da vida em sociedade como um todo**. Em tempos mais recentes, viria a tratar quase que exclusivamente das **“coisas do Estado”** ou **ligadas a ele**. Já o **regime privado** se preocupava em disciplinar as **relações entre os cidadãos**, enfim, ordenar suas inter-relações⁸.

Contudo, a delimitação exata do âmbito de proteção de cada um dos regimes jurídicos em questão não foi assim tranquila. Para tanto, alguns critérios foram estabelecidos para se conseguir estabelecer balizas neste sentido⁹:

- (a) **Teoria do interesse:** o critério em questão entende que o direito privado visa a tutelar o interesse individual do cidadão, enquanto que o direito público serve ao interesse coletivo. Este talvez seja o critério mais antigo empregado para a divisão entre os dois ramos do direito, ora apresentados¹⁰. A teoria em questão é problemática, na medida em que não fornece um critério claro de divisão, especialmente nos dias de hoje, em que há várias atividades do *Primeiro Setor* (Estado) que se imbricam com o *Segundo Setor* (mercado), e vice-versa.
- (b) **Teoria da subordinação (ou da sujeição, ou da sobreposição, ou da sotoposição):** está relacionada à forma com que pessoas que se sujeitam ao regime jurídico em questão. No direito público, há uma relação desigual, ou seja, de sujeição do cidadão às regras pertinentes. No direito privado, no mais das vezes, reina a igualdade entre os sujeitos que se relacionam juridicamente. Essa ideia remonta as perspectivas teóricas do Século XIX, aceitando que o Estado atuaria quase que tão

7. Para se visualizar um conceito de “normas de direito público”, consultar: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 339-341.

8. Contemporaneamente, essa divisão, em muitos campos do direito, tornou-se pouco clara, ou sequer inexistente.

9. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Belo Horizonte: Manole, 2005, p. 50 e ss.

10. O jurista Ulpiano (170-228 d.C.) estabelece a divisão entre direito público e direito privado com base na **teoria do interesse**. Tanto que consagra uma máxima muito conhecida: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad as singulorum utilitatem*.

somente em situações de perigo, o que reclamaria medidas interventivas. Esta teoria não pode ser aceita, porque, nos dois segmentos da ciência jurídica ora mencionados, há muitos casos de subordinação no direito privado (relação desigual), e casos em que o regime de sujeição não é sequer visualizado no direito público. Aliás, contemporaneamente, tem se abandonado a ideia de que a Administração Pública atua com total supremacia, sendo esta premissa muito relativizada. Até porque a noção de subordinação não espelha a atuação da administração pública, senão uma ideia de **poder-dever**.

- (c) **Teoria da associação (ou da sujeição modificada, ou de direito especial):** por este critério, o direito público estaria associado aos entes públicos, ou seja, ao Estado ou a outro titular nas mesmas condições de poder soberano. O direito privado seria o ramo da ciência jurídica associado aos demais, enfim, regeria as relações para com os demais sujeitos. Assim, ter-se-ia um “direito especial” disciplinado o Estado (*v.g.* direito público), e um direito que regeria às demais relações (direito comum ou direito privado). Essa teoria, como as outras, ainda assim apresenta lacunas, e não se presta a dar uma melhor delimitação entre os dois ramos do direito.

Além disso, o regime jurídico público incidente nas relações administrativas **não seria diferenciado pela necessidade de satisfação de interesse público**, porque ambas as relações (de direito público e de direito privado) devem sempre respeitá-lo e resguardá-lo¹¹. Nem mesmo **a subordinação à finalidade pública** seria um fator de discriminação¹². Como bem reforça Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando a diferença entre o regime jurídico público e o privado: “Em suma: perante a propriedade está-se diante do reino da autonomia da vontade, perante a administração, contrariamente, está-se no reino da finalidade, proposta como impositiva, obrigatória. Na propriedade, a vontade – dir-se-ia – é comandante; na administração, a vontade é serviente.”¹³.

No caso, as diferenças entre o direito público e o direito privado não são evidentes, sobretudo contemporaneamente. E exemplos não faltam, tanto em áreas de atuação do Poder Público, como em áreas afetas aos cidadãos. Veja o caso das empresas estatais que atuam no domínio econômico: apesar de o art. 173, § 2º, da CF/88 vedar que as empresas estatais ali mencionadas gozem de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, sua atuação é disciplinada por dispositivos de ambos os ramos do direito (público

11. FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 15. Para o autor, o ponto nodal que diferencia as relações administrativas consiste na imantação ditada pelos princípios superiores, explícitos e implícitos, regentes da Administração Pública.
12. “Assim, as relações de Direito Público são aquelas primordialmente regidas pela totalidade dos princípios, das normas e dos valores juspublicistas em seu conjunto.” (FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 11).
13. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 89, jan.-mar. 1989, p. 25.

e privado)¹⁴, especialmente quando venham a prestar serviços públicos. O mesmo ocorre quando o Estado passa a se utilizar de institutos típicos de direito privado. No mesmo sentido, os negócios jurídicos estabelecidos pelo poder público baralham ainda mais a divisão, apesar de termos uma lei geral que trata dos contratos administrativos (Lei nº 14.133/21, Título III (arts. 89 e ss.))¹⁵. Aliás, o próprio art. 89 da *Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos* prevê a aplicação subsidiária de normas de direito privado aos contratos deste jaez, enquanto que a Lei nº 13.303/16 determina a aplicação direta das regras de direito privado, ou seja, no mesmo plano das regras ali dispostas (art. 68).

Relevante notar a experiência alemã sobre o tema: em situações nas quais o direito administrativo não determina, de modo exclusivo, a atuação do Poder Público, ou seja, nos casos em que o direito privado rege também os misteres dos entes estatais, formatou-se uma categoria jurídica denominada de “**direito privado administrativo**” (*Verwaltungsprivatrecht*)¹⁶. Ocorre quando o Estado faz uma “**relação jurídica de dois graus**”, ou seja, ela é **regida pelo direito privado, complementada pelo regime jurí-dico-público, ou vice-versa**.

No Brasil, o tema foi abordado falando-se da “**privatização do direito público**”, ou traduzido na expressão “**fuga para o direito privado**”. O estudo se concentra nas questões que focam na posição da Administração Pública frente ao regime jurídico de direito privado, bem como os termos e limites em que esta disciplina normativa é aplicada aos entes estatais.

Isso é ainda mais latente quando o Estado atua visando ao lucro, enfim, quando atua no *Segundo Setor* (relegado à livre iniciativa – mercado). Sua orientação nesse setor será marcadamente privada, tanto é verdade que será regido pelas leis civis, empresariais etc. De outro lado, em certas situações, será o direito público quem disciplinará com mais ênfase certos casos, com o complemento do direito privado (*v.g.* os empregados das sociedades de economia mista que recebem recursos públicos para custeio de pessoal sujeitam-se ao teto constitucional do art. 37, inciso XI, da CF/88¹⁷; as contratações de atividades-meio, por exemplo, devem se submeter a procedimento licitatório, ainda que as pessoas jurídicas da Administração Pública indireta atuem exclusivamente no domínio econômico¹⁸; etc.).

Além disso, a **administração de prestação**, que em regra não necessita de coerção, está amplamente **regulada por medidas jurídico-administrativas relativizadas**¹⁹. Em muitos casos, instrumentos típicos de direito privado são (e devem ser) utilizados, como forma de dar maior eficiência às atividades públicas (*v.g.* utilização da arbitragem em contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos – art. 23-A da Lei

14. Uma visão completa da Lei nº 13.303/16 (denominada de “Estatuto das Empresas Estatais”) atesta bem esta afirmativa. Tratamos desta legislação no item “7.3.3.2.3” da Parte 1.

15. Sobre este aspecto, conferir a análise crítica que fizemos no item “17.3.1.4” da Parte 3.

16. O estudo, no Brasil, sobre o tema pode ser conferido na obra: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

17. STF, AgRg no RE com Agravo nº 647.430-RJ, DJe de 27/11/2012; STF, AgRg no AI nº 437.595-RJ, DJe de 13/12/2012.

18. STF, MS nº 25.986, nº 27.232, nº 25.888, nº 26.783, nº 26.410, QO em MC nº 1.393-RJ. Por fim: STF, RE nº 441.280.

19. MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 45.

nº 8.987/95). De qualquer sorte, não se nega que certas questões são submetidas ao domínio exclusivo do regime jurídico-administrativo, como o caso de uma requisição administrativa (art. 5º, inciso XXV, da CF/88), de uma demissão de servidor público, da aplicação de uma multa de trânsito etc.

Diante do cenário em questão, parte da doutrina advoga a necessidade de **conjug**ar os três critérios para se conseguir uma resolução mais exata à divisão entre os dois ramos do direito²⁰. Em nossa ótica, isto não é necessário. Aliás, entendemos mais: a divisão não se mostra mais útil, ao menos nos dias atuais.

Veja que o regime, mais ou menos derogatório, será aplicado por uma opção política do legislador, que poderá, caso a caso, definir se a Administração Pública se sujeita ao regime jurídico-administrativo, ou a ela se aplicam os preceitos do Código Civil, por exemplo. Assim, esta divisão não se mostra de todo útil.

Ressaltamos (como já fizemos em outros momentos de nossa obra) que a divisão entre o direito administrativo e os demais ramos do direito, no Brasil, mostra-se menos importante em termos processuais, porque aqui **não está instalada uma jurisdição dúplice**, em que se especializa a justiça administrativa em órgão jurisdicional próprio. Se assim fosse, como ocorre com a França, Suécia, Itália, entre outros, a dicotomia ora analisada teria bastante relevância **em termos processuais**.

5.3. Regimes jurídico-administrativos

No **ocidente**, dois ramos do direito destacam-se: o **regime jurídico anglo-saxão**, denominado de “*common law*”, e o **regime jurídico romano-germânico**, classicamente chamado de “*civil law*”. Cada qual possui peculiaridades que traçam uma distinção, até bem pouco tempo atrás, bastante clara²¹. E estas diferenciações são lançadas ao regime jurídico administrativo, encarando este ramo jurídico nas formulações apresentadas a seguir.

De qualquer sorte, por mais diversos que sejam as estruturas dos regimes jurídico-administrativos romano-germânico e anglo-saxão, ambos obtiveram, no seu desenvolvimento, uma contribuição importantíssima da jurisprudência²² – cada qual ao seu modo, é certo. Claro que devemos destacar que a decisão judicial, como vimos²³, é fonte primária do direito no sistema do *common law*, mas não no sistema jurídico do *civil law*.

20. MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 52.

21. Dizemos isso, porque, contemporaneamente, esta divisão não se mostra mais tão nítida, tanto no Brasil, como em outros lugares do mundo. Percebemos, na atualidade, que tanto o sistema do *common law* vem incorporando institutos típicos do *civil law*, e vice-versa. Conferir a exposição que fizemos ao tratar do **precedente** – item “3.3” da Parte 1.

22. VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p. 53. Afinal, o magistrado francês ou alemão, por exemplo, têm de “preencher” o conteúdo da lei, e não somente interpretá-la de modo literal. Em verdade, foi a postura “ativista” do Conselho de Estado francês que logrou êxito em construir os principais dogmas do direito administrativo lá aplicado.

23. Item “3.3” da Parte 1 – abordamos, neste tópico, a noção de **precedente**.

CAPÍTULO 9

PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

O **direito administrativo da probidade** pode ser considerado uma secção do direito administrativo que se ocupa do **estudo das várias formas de combate, prevenção, tipificação e expiação de atos considerados violadores da probidade administrativa**. Tal tema, no Brasil, ao menos contemporaneamente, merece um capítulo próprio, pela sua ascensão e peculiaridade.

Já há muito o sistema jurídico brasileiro preocupa-se em tutelar o tema. Tanto é que, desde a Constituição Federal de 1891, constitui crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra a “probidade na administração”. A Constituição Federal de 1946 previa, em seu art. 141, § 31, a sanção para a corrupção no serviço público. Seguindo esta trilha, a Lei nº 3.164/57 – *Lei Pitombo-Godoy* – tratou de punir o enriquecimento ilícito dos agentes públicos, seguida da *Lei Bilac Pinto* (nº 3.502/58). Esta última norma tinha a ideia inovadora de permitir que um cidadão apresentasse em juízo ação contra ato de improbidade. Veja que estas leis, à época, quase que se concentravam na punição pelo enriquecimento ilícito do agente estatal, deixando de sancionar e coibir outros atos violadores da probidade.

Atualmente, no âmbito legislativo, possuímos um sistema complexo e intrincado de normas que franqueiam importantes ferramentas jurídicas para se combater os vários atos que violam a probidade administrativa, compreendidas a partir dos valores éticos e morais, os quais visam a plasmar diretivas de estruturação de toda uma sociedade. Assim, as estruturas institucionalizadas pelo Poder Público e os marcos regulatórios deveriam concretizar os sentidos reais do decoro, da boa-fé, do cumprimento de compromissos com estes valores.

Diante dessa realidade, vamos destacar o estudo de duas legislações: A Lei nº 8.429/92 (*Lei de Improbidade Administrativa*) e a Lei nº 12.846/2013 (denominada de *Lei Anticorrupção*). Estas normas compreendem (ou deveriam compreender) ferramentas normativas que conduzem as estruturas de Estado (como as Advocacias Públicas, os Controles Internos, as Cortes de Contas, os Ministérios Públicos etc.) a perfazerem o enfrentamento a fraudes de todo o gênero, perpetradas pelas pessoas naturais e jurídicas privadas, e/ou pelos agentes públicos, em detrimento do interesse público ou do erário.

Contemporaneamente, ganhou ainda mais fôlego a ideia de se tornar reais os aspectos concernentes à moralidade administrativa, à probidade administrativa etc. Neste sentido, o controle dos atos dos gestores públicos deve ser mais efetivo, conferindo-se realce à prevenção, ainda que seja impossível ser ela absoluta, porque incidirá em momentos diversos da processualidade da administração pública. E este controle é relevante, o que torna inviável ser praticado em todos os atos estatais. Defende-se, então, que se ponha em prática uma verdadeira **ética da sustentabilidade**, a qual pretende compor um **controle em rede**, imiscuindo moral e direito⁵²². E este tipo de ética vem

522. Deve-se deixar de lado, por exemplo, o culto à personalidade pessoal, muitas vezes evidenciado na publicidade estatal. Aliás, a corrupção inclusive fere a materialização dos direitos humanos, tendo em vista que retira, por exemplo, recursos essenciais à implementação de políticas públicas neste sentido,

a combater a corrupção, a ser posta em prática de **forma sistêmica**, estabelecendo uma **correlação entre a boa governança**⁵²³ e **baixa corrupção**.

O combate à corrupção vem sendo tutelado por vários diplomas vigentes no âmbito nacional. Significa dizer que existem inúmeras leis que tratam do tema e fornecem mecanismos para a prevenção e para a repressão deste fenômeno. Todo este manancial de normas forma o que chamaremos aqui de “**Sistema nacional de combate à corrupção**”. Este “bloco de leis” introduz verdadeiro “sistema legal de defesa da moralidade”, formado, principalmente, pelos seguintes diplomas normativos:

- Lei nº 4.717/65 (*Lei da Ação Popular*, a qual permite que qualquer cidadão impugne os atos administrativos ilegais ou imorais);
- Lei nº 4.737/1965 (institui o *Código Eleitoral*);
- Código Penal (especialmente no que se refere aos crimes praticados contra a Administração Pública (Título XI));
- Lei nº 1.079/1950, que rege os crimes de responsabilidade do Presidente da República e de outros agentes;
- Decreto-lei nº 201, de 1967, que define os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores;
- Lei Complementar nº 64/1990 (*Lei de Inelegibilidades*);
- Lei nº 8.429/1992 (*Lei de combate à improbidade administrativa*)⁵²⁴;
- Lei nº 8.443/1992 (*Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*), que no artigo 46 permite a declaração de inidoneidade de empresa que venha a fraudar licitações⁵²⁵;
- Lei Complementar nº 135/2010 (*Lei da Ficha Limpa*)⁵²⁶;
- Lei nº 12.529/2011 (*Lei de Defesa da Concorrência*, especialmente no que se refere ao Título V);
- Lei nº 12.813/2013 (*Lei que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou de emprego público*);

sendo estes montantes pecuniários desviados a fins escusos (MARTÍNEZ, Augusto Durán. *Estudios de derecho público*. Montevideo: Mastergraf SRL, v. 1, 2004, p. 327-340).

523. Na esfera federal, o Decreto nº 9.203/17 dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
524. Pode-se dizer que os antecedentes normativos da *Lei de Improbidade* eram as *Leis Pitombo-Godói Ilha* (nº. 3.164/1957) e *Bilac Pinto* (nº. 3.502/1958)
525. Lei nº 8.443/1992, artigo 46: “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”
526. Importante mencionar que a Lei da Ficha Limpa faz uma correlação para com os *atos de improbidade*, determinando a inelegibilidade do candidato a cargo político, quando condenado por estas práticas. Contudo, a referida legislação não menciona qual ato de improbidade em específico se estaria a tratar, ou seja, se seriam somente as condutas punidas pela Lei nº 8.429/1992. Neste caso, fica a dúvida: eventual pessoa natural também punida pela Lei nº 12.846/2013 poderia ser considerada inelegível? Consideramos que não, porque a *Lei Anticorrupção* não possui previsão de pena de suspensão de direitos políticos, como assim o faz a *Lei de Improbidade*. E nem deveria, porque o seu foco é a punição da pessoa jurídica, sendo que a natural é sancionada reflexamente.

- Lei nº 12.846/13 (*Lei Anticorrupção*);
- Lei nº 12.850/2013 (*Lei das Organizações Criminosas*)⁵²⁷.
- Lei nº 14.133/21 (*Lei de Licitações e Contratos administrativos*, especialmente se visualizarmos as disposições que tratam das sanções administrativas e criminais⁵²⁸);

Para auxiliar na compreensão do tema, podemos apresentar o seguinte quadro sinótico:

Ação por ato punido pela <i>Lei Anticorrupção</i>	Ação por ato de improbidade	Ação Popular
Lei nº 12.846/2013	Lei nº 8.429/92	Lei nº 4.717/65
Objetivo: vai além de anular o ato, porque tem por meta muito mais a aplicação sanções e o ressarcimento dos prejuízos .	Objetivo: vai além de anular o ato, porque tem por meta muito mais a aplicação sanções e o ressarcimento dos prejuízos .	Objetivo: anulação do ato lesivo, com o pagamento de perdas e danos .
Esferas de punição: Administrativa; Judicial.	Esfera de punição: Judicial.	Esfera de punição: Judicial.
Legitimidade: Esfera administrativa: pessoa jurídica lesada; Esfera judicial: pessoas jurídicas lesada (por meio de suas Advocacias Públicas) e o Ministério Público.	Legitimidade: Ministério Público e a pessoa lesada.	Legitimidade: cidadão.
Procedimento judicial: <i>Lei da Ação Civil Pública</i> .	Procedimento judicial: rito “ordinário” do Código de Processo Civil ⁵²⁹ , com adaptações. A jurisprudência permite aplicar o rito da <i>Lei da Ação Civil Pública</i> .	Procedimento judicial: rito ordinário do Código de Processo Civil ⁵³⁰ , com adaptações.

527. Diante desse manancial de normas, uma referência infralegal no tema da moralidade administrativa é o *Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal*, instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Sem contar que inúmeras foram as estruturas criadas para combater a corrupção, como a Lei nº 10.630/2003, que cria a *Controladoria-Geral da União (CGU)*. Em 2003, estabeleceu-se um importante programa inserido na temática em questão: a *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA*, de iniciativa do Ministério da Justiça, congregando vários órgãos de persecução de ilícitos deste nível.

528. Inseriu-se o Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), que passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo II-B.

529. Com a publicação da Lei nº 13.015/2015, que instituiu o “Novo Código de Processo Civil”, o rito antes dito “ordinário” – assim mencionado expressamente no artigo 17 *caput* da Lei nº 8.429/1992 – passa a se chamar “procedimento comum”. Conferir, para tanto, o Capítulo I do Título I do Livro I da Parte Especial do mencionado código.

530. Da mesma maneira, o que se denominava, pelo CPC de 1973, de “procedimento ordinário”, deve ser reputado, hoje, como sendo o rito dito “comum”.

Assim, criou-se uma teia normativa para permitir a qualidade do afinamento dos direitos e deveres (tutelados pela legislação administrativa), da relação salutar entre os cidadãos (tuteladas pela legislação ordinária) e do mínimo para se viver em sociedade (tutelado pelo Direito Penal), no âmbito do combate à corrupção. Defendemos, portanto, que a improbidade administrativa não possui natureza penal – pela clara discriminação feita pela parte final do § 4º do art. 37 da CF/88 –, nem natureza cível ou eleitoral (por razões óbvias e ligadas ao conteúdo do tema e da legislação). Entendemos que **a (im)probidade administrativa possui autonomia**, sendo um ramo próprio do direito administrativa ou, mais especificamente, do direito administrativo sancionador⁵³¹.

9.1. Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92

9.1.1. *Previsão normativa*

A **improbidade administrativa** tem sua previsão constitucional no art. 37, § 4º⁵³². Tal dispositivo prevê expressamente a possibilidade de aplicar penas por conta da prática ato de improbidade administrativa, sem prejuízo das punições penais. Este dispositivo é uma **norma constitucional de eficácia limitada**⁵³³, pois, para gerar plenos efeitos, **reclama que o legislador edite uma lei regulamentando o tema**. Assim, uma norma específica deverá dizer quais são os casos em que se considera violada a probidade administrativa, ou seja, quais seriam os tipos administrativos passíveis de serem sancionados; a gradação das sanções; os prazos de prescrição; as medidas e atos processuais incidentes; quem poderia ser sancionado etc.

O dispositivo constitucional do art. 37, § 4º, da CF/88 foi **regulamentado pela Lei nº 8.429/92**, sendo que sua **natureza jurídica** é de **lei nacional**, ou seja, **vale, indistintamente, a todos os entes federados** (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), e não somente à União, quando, então, estaríamos diante de uma lei federal – que, como vimos, não é o caso. Há quem defenda que a Lei nº 8.429/92 seria verdadeira **lei mista**, porque o art. 13 da lei⁵³⁴ trataria de norma federal, e não nacional.

Ainda, o art. 14, § 9º, o art. 15, inciso V e o art. 85, inciso V, todos da CF/88 também fazem menção à punição por ato de improbidade administrativa.

- Art. 14, § 9º: trata da **proteção da probidade em matéria eleitoral**, como **condição de elegibilidade**;

531. Defendendo a autonomia da (im)probidade administrativa: VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 113.

532. CF/88, art. 37, § 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.”

533. Na classificação de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004), quanto à eficácia das normas constitucionais.

534. Lei nº 8.429/92, art. 13: “A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.”

- Art. 15, inciso V: trata da **perda dos direitos políticos** pela prática de ato de improbidade;
- Art. 85, inciso V: trata de **crime de responsabilidade do Presidente da República** que atente contra a probidade.

O **dever de probidade**, portanto, aparece expressamente referendado por inúmeros dispositivos constitucionais. Em resumo, como vimos, seu “coração”, por assim dizer, é o art. 37, § 4º da CF/88. A prática da improbidade importará (a) **suspensão dos direitos políticos** (art. 15, V, CF); a (b) **perda da função pública**; a (c) **Indisponibilidade dos bens**; e o (d) **ressarcimento ao erário**. Essas penalidades deverão ser aplicadas, **na forma e gradação previstas em lei**. E coube a Lei 8.429/92 esta tarefa. Ela especifica os atos de improbidade (arts. 9º a 11) e as respectivas penas aplicadas (art. 12, incisos I, II e III).

A probidade, assim, tem um espectro importantíssimo na Administração Pública, sendo alvo de expressos destaques em outras disposições normativas, como, por exemplo, no art. 5º da Lei nº 14.133/21, dispositivo que expressamente determina que as licitações e contratos administrativos devam seguir o princípio da “probida-de”. Além disso, a Lei nº 8.112/90, que rege os servidores públicos civis federais, afirma que é causa de demissão a prática de ato de improbidade administrativa (art. 132, inciso IV).

De acordo com o que ficou expressamente assentado pelo Supremo Tribunal Federal, outro exemplo de legislação que veio a cobrir a Administração Pública com o manto da probidade é a Lei Complementar nº 135/2010 – a conhecida “Lei da Ficha Limpa”. Ao julgar o mérito da ação, ressaltou-se que o diploma normativo representaria significativo avanço democrático, a fim de permitir “[...] o banimento da vida pública de pessoas que não atenderiam às exigências de moralidade e probidade”⁵³⁵. Assim, pode-se concluir que **a improbidade administrativa é o ato de desvirtuamento das funções públicas, podendo causar o enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou a violação aos princípios administrativos, no exercício nocivo de uma função pública**.

De outro lado, devemos destacar que se discutiu se a *Lei de Improbidade administrativa* padecia ou não de **inconstitucionalidade formal**, por conta de problema no **procedimento legislativo**, quando da sua edição. O STF respondeu negativamente a este questionamento, **declarando que a Lei nº 8.429/92 foi editada respeitando a CF/88**⁵³⁶. No julgamento da pertinente ação direta de inconstitucionalidade, aplicou-se a “**técnica da pormenorização**”. Significa dizer que, no curso do processo legislativo o conteúdo do projeto-de-lei não se altera, mas apenas a forma modificada, não há motivo para que se faça novo turno de votação destas alterações não substanciais na casa

535. “Assentou-se que os critérios eleitos pelo legislador complementar estariam em harmonia com a Constituição e que a LC 135/2010 deveria ser apreciada sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, da proteção ao interesse público.” (STF, ADC nº 29/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 15 e 16/2/2012; STF, ADC nº 30DF, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 15 e 16/2/2012; STF, ADI nº 4.578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 15 e 16/2/2012).

536. STF, ADI nº 2.182-DF (Informativo nº 586).

iniciadora. E foi o que aconteceu com a *Lei de Improbidade Administrativa*: alegava-se que as modificações feitas no Senado Federal (casa revisora) deveriam ter sido apreciadas pela casa iniciadora, ou seja, a Câmara dos Deputados. Contudo, à época, o projeto foi encaminhado diretamente ao Presidente da República, que o sancionou. Como dito, a lei recebeu apenas **modificações formais** na casa revisora, ou seja, **emendas que não alteravam a substância do projeto** advindo da casa iniciadora. Logo, estas emendas não precisavam passar por um novo turno de votação na casa legislativa em que o projeto iniciou, podendo ir direto à sanção do Presidente da República. E foi o que aconteceu de fato com a Lei nº 8.429/92, a qual recebeu emendas na casa revisora, mas que não modificaram o conteúdo da norma, sendo que o projeto passou à sanção do Presidente da República sem contar com mais um turno de votação em relação às emendas, a ser feito na casa iniciadora.

9.1.2. Conceito de improbidade administrativa

Podemos dizer que **improbidade não se confunde com imoralidade. Aquela seria mais ampla do que esta.** A improbidade seria verdadeira “desonestidade qualificada”, concretizada a partir da **prática de atos contrários ou lesivos ao patrimônio público**, ou que **gerem enriquecimento ilícito**, ou que **violem princípios administrativos**. Lembrando que a noção de **patrimônio**, para fins de improbidade, **não pode se limitar a fatores econômicos**, pois se relaciona aos bens como patrimônio cultural, histórico, ambiental, turístico etc., ou a questões voltadas à moralidade, por exemplo.

Ou esta perspectiva dogmática poderia ser visualizada de outro modo. Os atos de **improbidade administrativa**, na forma da Lei nº 8.429/92, coíbem condutas que constituem uma **espécie qualificada do gênero “imoralidade administrativa”**. De outro lado, importante destacar que **não é qualquer ilegalidade que configura ato de improbidade**, na medida em que esta é uma ilicitude mais grave⁵³⁷.

A improbidade administrativa **não precisa ser veiculada por ato administrativo** (exemplo: servidor subtrai um automóvel do Poder Público). Trata-se, portanto, de verdadeira **“corrupção administrativa”**, momento em que se evidencia um **desvirtuamento das funções públicas**, por meio do **exercício nocivo de um mister estatal ou por ato privado** que atinge os bens públicos tutelados pelos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/92, a seguir analisados.

O conceito jurídico de ato de improbidade administrativa deve ser **interpretado de modo estrito**, e não extensivamente. Dessa forma, o referencial da Lei nº 8.429/92 é o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar.

537. “Será qualquer ilegalidade que poderá ensejar a configuração da improbidade administrativa? Com efeito, aqui cabe registrar, fundamentalmente, que a mera ilegalidade, pura e simples, não revela a improbidade administrativa, na exata medida em que esta é categoria do ilícito mais grave, acentuadamente reprovável, seja por dolo ou culpa do agente, merecedor de especiais sanções. A ilegalidade, por si só, não acarreta a incidência da lei de improbidade.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 129).

Logo, somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que **causam vilipêndio aos cofres públicos**, ou **promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros**, ou que **violem os princípios da administração pública** previstos na legislação mencionada⁵³⁸. Afinal, não basta que o administrador público conheça as leis que esteja encarregado de cumprir, porque, entre os seus deveres, como homem público que é, está a satisfação de implementar o interesse público⁵³⁹.

9.1.3. Teoria da independência relativa de esferas

Um mesmo ato pode ser objeto de processamento em várias esferas, fato que pode gerar decisões diferentes em cada qual. Em outras palavras: a mesma conduta pode ser, por exemplo, sancionada em mais de uma esfera, sem que esta situação seja considerada irregular. A dúvida que sempre instigou os juristas reside no fato de se saber se a absolvição ou a condenação em uma esfera pode gerar reflexos e induzir a decisão em outra, e em que termos.

Por exemplo: o servidor público desvia recursos estatais, causando lesão ao erário. Esta conduta pode dar ensejo a uma ação penal, sendo acusado, *v.g.*, de peculato (art. 312 do CP). Ainda, poderá sofrer um processo cível, pedindo-se ressarcimento por todo dano causado. E, claro, a conduta em questão poderá ser objeto de ação de improbidade. Por fim, como se trata de um agente público, é possível existir um pertinente processo administrativo disciplinar, que terá por objeto aplicar pertinentes sanções administrativas.

Em outros termos, a estrutura normativa brasileira permite que um sujeito possa ser processado em pelo menos quatro esferas distintas⁵⁴⁰, a saber:

PENAL

CÍVEL

ADMIN.

IMPROBIDADE

Indo ao ponto: a legislação nacional estabeleceu, como regra, a **independência das instâncias, sem que uma influa na outra**. De modo que uma autoridade pode absolver o acusado em um âmbito jurídico, e ele ser condenado em outro, sem que se possa alegar violação à coisa julgada. Portanto, **não há necessária vinculação entre as esferas jurídicas**. Contudo, **excepcionalmente**, é possível **comunicação das instâncias** quando ocorrer a **absolvição penal** que negue, **categoricamente**, a existência:

- (a) do **fato**;
- (b) da **autoria**

538. STJ, Informativo nº 573.

539. BONNIN, Charles-Jean. *Principios de administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 356.

540. É claro que, nos dias atuais, a depender do caso, poderia um sujeito também ser processado nos termos da Lei nº 12.846/13 – *Lei Anticorrupção*. Tratamos deste tema em específico no item “9.2” da Parte 1.