

MARCELO FREIRE GARCIA

A CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

Dissertação apresentada à banca examinadora da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. JAIRO JOSÉ GÊNOVA

MARÍLIA
2012

MARCELO FREIRE GARCIA

A CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do título de Mestre em Direito (Teoria do Direito e do Estado).

Resultado:

ORIENTADOR: _____

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, __ de _____ de 2012.

A Deus, pela fonte inspiradora de toda minha vida.

Aos meus pais Roberto e Terezinha, cujos exemplos de dignidade e retidão procuro seguir.

À Ana Paula, pelo amor e compreensão pelas infundáveis horas que sua realização me privou de sua companhia.

Ao professor e orientador Dr. Jairo José Gênova, profissional exemplar e ser humano iluminado, por mostrar o caminho sem o qual este trabalho não seria realizado.

GARCIA, Marcelo Freire. **A criminalização dos atos de improbidade administrativa**. 2012. 110 f. Dissertação do Curso de Mestrado em Direito (Teoria do Direito e do Estado) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo a necessidade e conveniência de criminalização dos atos de improbidade. No atual estágio da sociedade brasileira o Direito Penal deve se preocupar com a proteção dos valores mais importantes para a sociedade. Trata-se de uma visão do Direito Penal sob a concepção do chamado Direito Penal Mínimo, em contraposição ao Direito Penal máximo. A Constituição Federal de 1988 apresenta uma concepção política e ideológica penal que busca assegurar o respeito aos princípios constitucionais, especialmente os da legalidade e da dignidade da pessoa humana. A improbidade administrativa é um bem jurídico coletivo expressamente previsto pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Os atos de improbidade administrativa, como aqueles que causam desvios de dinheiro público e a corrupção administrativa, têm causado prejuízos financeiros enormes ao Estado Brasileiro. Os recursos públicos desviados por atos de improbidade administrativa resultam na impossibilidade do Estado de investir em obras e serviços e com isso concretizar políticas públicas em prol da sociedade. A ausência de serviços públicos mínimos viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, os atos de improbidade administrativa acabam por ofender diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. É imprescindível, então, que o Estado Brasileiro transforme em crimes os atos de improbidade administrativa, punindo com rigor os agentes que pratiquem tais atos. A criminalização dos atos de improbidade administrativa é exemplo de tipificação penal de condutas que ofendem bens jurídicos coletivos, no chamado Direito Penal secundário.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Criminalização. Direito Penal secundário.

GARCIA, Marcelo Freire. The crimination of the acts of administration improbidity. 2012. 102 f. Dissertation of de Course of Master Degree of Law (Theory of Law and of the Nation) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

The present dissertation has as the object of study of the need of convenience of the crimination of the acts of improbidity. In the present phase of the Brazilian Society of penal Code of Law, must worry with the protection of the most important values of the society. It is connected to a look at the penal Code Right under the conception of the so called Minimum Penal Code Right, in a a contraposition of the Maximun Penal Code Right. The Federal Constitution of 1988 presents a political conception and penal ideology that aims to assure the respect to the constitutional fundamental doctrine, especially the ones of legality and dignity of the human being. The administrative probidity is a judicial collective well being which is expressively due under the Brazilian Federal Constitution of 1988. The acts of the administrative improbidity, as well those that cause robbery of the nation money and administrative corruption, has caused big financial losses to the Brazilian Nation. The public money robbed by acts of administrative improbidity result in the impossibility of the Nation to invest this money in buildings and services and this way fulfill the public politics for the weel being of the society. The lack of minimum public services violates the principles of the dignity of the human being. This way, the acts of administrative improbidity ends by outraging directly the constitutional principles of the dignity of the human being. It is indispensable, then, that the Brazilian Nation change to crimes the acts of administrative improbidity, punishing severely the people that undergo such acts. The crimination of the acts of administrative improbidity is an example of the tipifying of the penal behavior that outrages the people well being, in the so called Secondary Penal Code Right.

Keywords: Administrative improbidity. Crimination. Secondary Penal Right Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS.....	10
1.1 Introdução.....	10
1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	13
1.2.1 Conceito e alcance.....	15
1.3 Princípio da legalidade.....	18
1.3.1 Princípio da legalidade formal e seus corolários.....	20
1.3.1.1 Princípio da reserva legal.....	20
1.3.1.2 Princípio da taxatividade.....	20
1.3.1.3 Princípio da irretroatividade.....	21
1.3.2. Princípio da legalidade material e seus corolários.....	22
1.3.2.1 Princípio da subsidiariedade.....	23
1.3.2.2 Princípio da proporcionalidade.....	24
1.3.2.3 Princípio da ofensividade ou da lesividade.....	26
CAPÍTULO 2 – O BEM JURÍDICO PENAL E OS MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS CONTEMPORÂNEOS.....	28
2.1 Introdução.....	28
2.2 Conceitos de crime.....	30
2.3 Bem jurídico.....	32
2.3.1 Evolução histórica.....	33
2.3.2 Teorias sociológicas.....	34
2.3.3 Teorias constitucionalistas.....	35
2.4 A probidade administrativa como bem jurídico constitucional.....	37
2.5 Os movimentos ideológicos penais.....	42
2.5.1 O Abolicionismo.....	42
2.5.2 O Direito Penal Mínimo.....	44
2.5.3 O Direito Penal Máximo.....	45
2.5.4 O Direito Penal do Inimigo.....	46
2.6 A ausência de uma política criminal brasileira definida.....	48
CAPÍTULO 3 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS.....	51
3.1 Antecedentes históricos – a origem da Lei de Improbidade.....	51
3.1.1 A Lei Federal nº 3.164/57.....	52
3.1.2 A Lei Federal nº 3.502/58.....	53
3.1.3 A Lei Federal nº 8.429/92.....	55
3.2 Espécies de atos de improbidade administrativa.....	57
3.2.1 Dos atos que causam enriquecimento ilícito.....	58
3.2.2 Dos atos que causam prejuízo ao erário.....	60
3.2.3 Dos atos que atentam os princípios da administração pública.....	64
3.3 Efeitos dos atos de improbidade administrativa.....	68
3.4 A natureza civil ou penal da Lei de Improbidade.....	69

CAPÍTULO 4 – A NECESSIDADE DA TUTELA PENAL DA IMPROBIDADE.....	73
4.1 Necessidade e conveniência da criminalização.....	73
4.2 Alguns casos de atos de improbidade que precisam se transformar em crimes.....	78
4.3 A criminalização de condutas que atingem bens coletivos.....	84
4.4 Crimes de improbidade administrativa e Direito Penal Mínimo.....	86
4.5 A improbidade de bagatela.....	89
4.6 Atos culposos de improbidade.....	92
4.7 Lei de proteção do patrimônio público?	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERÊNCIAS.....	103

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca fundamentar a necessidade e a conveniência da criminalização dos atos de improbidade administrativa.

Num contexto contemporâneo da sociedade, o Direito Penal deve se preocupar em punir os atos que ofendam com mais intensidade os valores sociais. É nessa visão minimalista do Direito Penal que o estudo faz reflexões acerca da relevância constitucional do bem jurídico probidade administrativa e da imprescindibilidade de sua proteção por meio do instrumental mais poderoso e grave do ordenamento jurídico, ou seja, do Direito Penal.

Para tanto, o presente trabalho pretende fazer uma análise dos princípios constitucionais e do entendimento acerca do que seja considerado o bem jurídico penalmente protegido. Em seguida, serão traçadas as principais características dos principais discursos ideológicos penais para, na parte final, abordar especificamente a Lei de Improbidade administrativa e fundamentar a necessidade e conveniência de transformação de suas normas em tipos penais, com características de efetividade e de prevenção geral e especial.

Tratando-se de estudo sobre a aplicabilidade do Direito Penal, inicialmente se torna necessário o estudo dos princípios constitucionais penais, tendo em vista que estes são verdadeiros fundamentos da possibilidade de o Estado punir, além de servir de limites para a referida atuação sancionadora.

Com relação aos princípios penais, será analisado o princípio da legalidade, que se desdobra em legalidade formal e material, com seus corolários, bem como será delineado o princípio da dignidade da pessoa humana e o seu alcance.

Em seguida, será estudado o bem jurídico penal e sua evolução conceitual, de acordo com as teorias sociológicas e constitucionalistas, a fim de demonstrar que a probidade administrativa é um bem jurídico relevante, previsto expressa e implicitamente na Constituição Federal.

Na sequência, serão analisados os principais movimentos ideológicos penais da atualidade (abolicionismo, Direito Penal Mínimo, Direito Penal Máximo e Direito Penal do Inimigo), esclarecendo seus fundamentos e suas diretrizes principiológicas. Dentro dessa perspectiva, será situado o Direito Penal brasileiro, tentando esquadrihar em que perspectiva caminha o legislador pátrio em matéria criminal.

No terceiro capítulo, será feita uma análise da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº. 8.429/92), destacando as condutas consideradas ilícitas pelo ordenamento

jurídico-administrativo, as sanções correspondentes e demonstrando a natureza jurídica não penal dos atos ímprobos definidos na Lei.

No quarta parte do trabalho, abordar-se-á especificamente a questão da necessidade e conveniência da criminalização dos atos de improbidade administrativa, observando-se uma perspectiva contemporânea de criminalização do *Direito Penal Secundário*. Nesse aspecto, contextualiza-se a possibilidade de criação de novos crimes dentro dos conceitos e parâmetros dos principais movimentos ideológicos penais.

Em complemento ao estudo, serão esmiuçados aspectos importantes relativos aos atos de improbidade administrativa, como os atos de bagatela e os atos culposos de improbidade, destacando-se os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores acerca de tais temas.

Pretende-se, ainda, fazer uma análise acerca de projeto de lei que trata da criminalização dos atos de improbidade administrativa, com considerações acerca da adequação ou não de seus dispositivos em relação à Constituição Federal e à interpretação jurisprudencial de seus institutos.

Em suma, o presente trabalho faz uma conexão entre o Direito Penal e os atos de improbidade administrativa, com o escopo de estudar uma forma de contribuir para o combate aos atos de improbidade administrativa.

De fato, a sociedade brasileira tem assistido a todo tipo de desvio de recursos públicos e atos de corrupção administrativa, espécies de atos de improbidade administrativa.

Dia após dia se veem notícias de escândalos políticos envolvendo a malversação de recursos públicos, com cidadãos se enriquecendo injustificadamente enquanto grande parte da população sofre com a falta de serviços públicos.

É nesse quadro social que o presente trabalho busca estudar se seria conveniente a criminalização dos atos de improbidade administrativa, numa visão atual do Direito Penal, que mira seus olhos para uma sociedade mais justa e democrática, tal qual sonhada pela Constituição Federal Brasileira.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

1.1 Introdução

Inicialmente convém fazer uma análise do conteúdo e significado dos princípios constitucionais, especialmente daqueles atinentes ao Direito Penal.

De acordo com o ensinamento de De Placido e Silva (2010, p. 1090), princípios significam “*normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa”.

Nesse sentido, Houaiss estabelece que princípio significa “proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos” (2001, p. 2299).

Traduzem-se em verdadeiros axiomas, sobre os quais todos os raciocínios e conclusões são desenvolvidos. São os pilares mestres, base da estrutura de qualquer sistema ou categoria.

Na clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (1995, p. 537/538).

Princípios são diferentes de regras, de acordo com o critério que se usa, embora haja concordância que ambos são normas jurídicas, na medida em que as duas estruturas dizem o que *deve ser*.

Ana Paula de Barcellos, em minucioso trabalho, informa que a distinção entre regras e princípios tem sido apresentada por muitos critérios distintos, a saber:

- (a) O *conteúdo*. Os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito. Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral. (...).
- (b) *Origem e validade*. A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. (...).
- (c) *Compromisso histórico*. Os princípios são para muitos (ainda que não todos), em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar.
- (d) *Função no ordenamento*. Os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras. (...).
- (e) *Estrutura lingüística*. Os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações. (...).
- (f) *Esforço interpretativo exigido*. Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade, na expressão de Josef Esser “burocrática e técnica”.
- (g) *Aplicação*. As regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do “tudo ou nada”, popularizado por Ronald Dworkin. (...). Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla, de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes (2008, p. 51/55).

Pelo critério da generalidade, pode-se dizer que os princípios são mais abstratos e incidem em uma pluralidade de situações, ao passo que as regras são mais objetivas, com aplicação em situações mais específicas.

No aspecto qualitativo, de acordo com a definição de Robert Alexy, princípios são chamados de *mandamentos de otimização*, na medida em que “são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas” (2008, p. 64). Sendo assim, os princípios admitiriam aplicação gradual.

Por outro lado, segundo o mesmo autor, as regras veiculariam *mandamentos definitivos*, querendo significar que “regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos.” (2008, p. 64).

Independente do critério que se adote de diferenciação, a Constituição Brasileira de 1988 é composta de diversas normas que foram erigidas à categoria de princípios constitucionais, exprimindo os valores tidos por fundamentais para todo o sistema jurídico.

Essa é, essencialmente, a definição de *princípios constitucionais* ofertada por Luís Roberto Barroso:

Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de preceitos que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que substanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos (2009, p. 157).

A Constituição Federal de 1988 é composta de diversas normas jurídicas (regras e princípios), tanto atinentes ao campo penal como relativas a outros subsistemas jurídicos, que se harmonizam por meio dos princípios constitucionais.

No aspecto penal, segundo Luiz Regis Prado (2010, p. 139), há distinção entre “princípios de natureza penal constitucional e princípios constitucionais penais”.

Os primeiros (penais constitucionais) seriam princípios penais propriamente ditos previstos na constituição (v.g., legalidade, culpabilidade, individualização e personalidade da pena).

Já os últimos (constitucionais penais) seriam princípios de caráter geral que também seriam aplicados em âmbito penal (v.g., igualdade, proporcionalidade).

Quanto à finalidade, afirma Cezar Roberto Bitencourt que

Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo e garantista* (2004, p. 09/10).

Do mesmo modo, Luiz Regis Prado (2010, p. 139) enfatiza que os princípios penais “operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal”.

Há divergência sobre quantos e quais seriam os princípios penais. Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 45/51) entende que seriam 12 (legalidade, anterioridade, retroatividade da lei penal benéfica, personalidade, individualização da pena, humanidade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, taxatividade, proporcionalidade e vedação da dupla punição pelo mesmo fato). Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 10/24) relaciona 10 (legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, irretroatividade da lei penal, adequação social, insignificância, ofensividade e proporcionalidade). Nilo Batista (2004, p. 64) sustenta que seriam apenas 5 os princípios penais básicos (legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade).

Visando a dar sustentação ao presente estudo, serão tratados os princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da legalidade e seus corolários.

1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A consciência que se tem hoje acerca da dignidade da pessoa humana e sua normatização é fruto do desenvolvimento ético e histórico da sociedade.

A adoção do positivismo clássico, em que o Poder Judiciário não faria qualquer juízo de valor ou ético em relação à norma em vigor, permitiu que a Alemanha Nazista cometesse atrocidades em desrespeito total à dignidade da pessoa humana.

Amparado em normas legais e constitucionais alemãs, Hitler e seus súditos determinaram a execução de milhões de seres humanos simplesmente porque não seriam descendentes de uma “raça superior”. Foi o que se chamou de Holocausto, que não pode ser esquecido para que não seja repetido.

Terminada a 2ª Guerra Mundial, com a derrota dos alemães, foi instituído o Tribunal de Nuremberg com a finalidade de julgar os comandantes alemães capturados que foram responsáveis pelo Holocausto.

Em que pesem as críticas à criação de um Tribunal para julgar fatos já acontecidos, o que violaria, sem dúvida, o princípio da legalidade no aspecto da irretroatividade, há que se entender que se tratava de um Tribunal de Guerra e que a condenação dos alemães significou o reconhecimento de que eles praticaram crimes contra a dignidade da pessoa humana, valor este que está acima do positivismo estrito.

Esse o ensinamento de George Marmelstein:

Há várias críticas, formuladas por juristas do mundo todo, a respeito do Tribunal de Nuremberg. Alega-se que o referido Tribunal seria um tribunal de exceção, criado *ex post facto*, já que não havia qualquer base legal prévia capaz de justificar a sua instalação. Realmente, é questionável a legalidade daquela Corte. Porém, o que estava em jogo era a condenação de um regime – o nazismo – que praticou diversos crimes contra a humanidade. Não se tratava de um julgamento puramente jurídico. Era, na verdade, um Tribunal de Guerra. Apesar disso, não se pode minimizar a sua importância por haver apresentado ao mundo provas robustas das atrocidades praticadas pelos nazistas e condenado todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para ocorrência daqueles fatos.

A sentença condenatória, proferida pelo Tribunal de Nuremberg, apesar de todas as críticas que lhe podem ser imputadas por ter violado princípios básicos do Direito Penal, simbolizou, no âmbito jurídico, o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado (2011, p. 9).

Com o final da 2ª Grande Guerra Mundial, questionou-se o positivismo clássico, pois servira de sustentação normativa para aquelas barbaridades, fazendo com que surgisse uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de *pós-positivismo*, cujo propósito principal é inculcar na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, então, passou a ser codificado, passou a integrar as normas das constituições federais dos países democráticos e dos tratados internacionais. Houve a “positivação da dignidade da pessoa humana”, como ensina Marmelstein:

Tudo levaria a crer que o desprestígio do positivismo faria renascer as doutrinas baseadas no direito natural: se o direito positivo não foi suficiente para garantir o justo e evitar a legalização do mal, o direito natural seria a solução. Mas não foi assim. Na verdade, o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se (2011, p. 11).

Assim consta, especificamente, no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948, que:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, seguindo esta mesma corrente jusfilosófica, influenciada pela Constituição Portuguesa, Espanhola e Alemã, estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, como se vê em seu artigo 1º, inciso III.

Aplica-se, assim, como fundamento constitucional, a todo o ordenamento jurídico que tenha a constituição federal como ápice normativo e, em conseqüência, ao Direito Penal.

Neste sentido a lição de Alberto Silva Franco:

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a viga mestra de todo o arcabouço jurídico porque “confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais” e “há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como um ser autônomo (livre)”. Está, por isso, o “princípio da dignidade da pessoa humana” na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdade tradicionais, quer dos direitos dos trabalhadores a prestações sociais (2000, p. 49).

Sendo assim, importante tentar precisar o conceito de tal princípio constitucional e seu alcance de acordo com a doutrina atual.

1.2.1 Conceito e alcance

Dos ensinamentos acima se extrai que a conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana passa pela compreensão de respeito e consideração a todo o ser humano como sujeito e não objeto do ordenamento jurídico.

Dignidade, segundo o dicionário Houaiss da língua portuguesa (2001, p. 1040), significa “qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito; respeito aos próprios sentimentos, valores; amor-próprio.”

A idéia central que se extrai do vocábulo dignidade é a de respeito, honra e moral. Tais atributos são essencialmente ligados a valores e, portanto, a seres humanos, dotados de racionalidade.

Trata-se, verdadeiramente, de considerar com respeito o outro ser humano. A pessoa humana deve ser tratada como sujeito de direitos e não como objeto. Independente de origem, religião, raça, cor ou qualquer outra característica ou opção individual, a dignidade da pessoa humana impõe a observância de respeito pelo outro ser humano.

Ana Paula de Barcellos (2008, p. 235) entende que “a dignidade da pessoa humana é hoje considerada, sob vários pontos de vista, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral.”

José Afonso da Silva (2010, p. 40) afirma que “a *dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Canotilho e Vital Moreira afirmam que a dignidade da pessoa humana é um *princípio-limite* que tem um *valor próprio* e uma *dimensão normativa* específicos:

A dignidade da pessoa humana constitui um “dato prévio” (“a precondição”) da legitimidade da República como forma de domínio político, mas não se trata de um dato fixista, invariável e abstracto. A dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante a existência de uma *constante antropológica*, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana. Estas novas exigências podem reclamar a necessidade *prestações* (públicas ou privadas) enriquecedoras das irradiações físicas e espirituais da pessoa. A dignidade da pessoa humana pressupõe ainda relações de *reconhecimento intersubjetivo*, pois a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros. A articulação destas três dimensões – a dignidade como *dimensão intrínseca* do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de *prestações*, a dignidade como expressão de *reconhecimento* recíproco – explicita muitas soluções normativo-constitucionais acolhidas na Constituição da República (2007, p. 198/199).

Trata-se, portanto, de um princípio protetivo que busca assegurar o respeito aos direitos humanos fundamentais para salvaguardar um *patamar existencial mínimo* de cada pessoa.

É nesse sentido que Vladimir Brega Filho enfatiza o carácter fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana:

Devemos lembrar ainda do princípio constitucional da dignidade estabelecido expressamente na Constituição. Como vimos, os direitos fundamentais são considerados pelo constituinte como o mínimo necessário para a garantia de uma vida digna. Estão intimamente ligados à dignidade humana, os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, entre outros previstos na Constituição. Também os direitos de solidariedade estão ligados ao princípio da dignidade humana, especialmente o direito ao meio ambiente equilibrado.

Ninguém em sã consciência irá afirmar que a abolição desses direitos de segunda e terceira gerações não arranharia o princípio da dignidade humana e, por isso, concluímos que para a garantia da dignidade humana, há a necessidade de preservarmos todos os direitos fundamentais (2002, p. 86.).

Para Ana Paula de Barcellos (2008, p. 288), o *mínimo existencial* “é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.”.

A garantia do mínimo vital de cada ser humano implica em assegurar a vida da pessoa e permitir o desenvolvimento de sua personalidade. Ora, de nada adiantaria que o Estado apenas assegurasse a vida de todo ser humano, como um grande hospital, e não fornecesse elementos para que cada um pudesse se desenvolver enquanto pessoa, cultural e socialmente.

Esse o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

A primeira diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente (2010, p. 23).

Do mesmo modo, Luiz Regis Prado (2010, p. 144) afirma que “a noção de dignidade humana, como dado inerente ao ser humano enquanto tal, encerra, também, a promoção do desenvolvimento livre e pleno da personalidade individual, projetando-se, assim, culturalmente”.

Cabe ao Estado, pois, não só providenciar o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano como também retirar todos os obstáculos a esse desenvolvimento integral, de acordo com as potencialidades de cada um.

Na lição de Luiz Regis Prado:

Desse modo, e coerentemente com a sua finalidade maior, o Estado democrático de Direito e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização (2010, p. 144).

Sob essa ótica é que se conclui que, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cabe ao Estado promover os direitos fundamentais da pessoa e remover todos os obstáculos ao desenvolvimento da personalidade dos cidadãos.

1.3 Princípio da legalidade

No âmbito do Direito Penal o princípio da legalidade estabelece que apenas a lei pode criar os delitos e fazer a previsão das consequentes sanções penais.

Sua origem escrita remonta à *Magna Charta Libertatum* do rei João, de 1215, na Inglaterra, segundo Nelson Hungria (1955, p. 30/31), passando pela obra de Beccaria de 1764 (Dos Delitos e Das Penas), pela Declaração de Virgínia, de 1776, pela Josephina austríaca, de 1787, até chegar à famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

No Brasil, encontra-se presente desde a Constituição Política do Império (1824, art. 179, XI), no Código Criminal de 1830 (art. 1º), bem como nos demais regramentos constitucionais e penais que os sucederam.

Está expressamente previsto como direito e garantia fundamental, no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, texto este repetido no artigo 1º, do Código Penal em vigor.

Trata-se de verdadeira “base estrutural do próprio estado de direito”, sendo também a “a pedra angular de todo Direito Penal que aspire à segurança jurídica”, na lição de Nilo Batista (2004, p. 67).

Surge como reação ao arbítrio estatal, convertendo-se em exigência de segurança jurídica e garantia individual. Constitui, pois, real limitação ao poder do Estado de interferência no âmbito das liberdades individuais.

Francisco de Assis Toledo desdobra o princípio da legalidade em quatro outros princípios, a saber: *nullun crimen, nulla poena sine lege praevia*; *nullun crimen, nulla poena sine lege scripta*; *nullun crimen, nulla poena sine lege stricta*; e *nullun crimen, nulla poena sine lege certa* (2010, p. 22).

De modo idêntico, Nilo Batista (2004, p. 68) afirma que o princípio da legalidade pode ser decomposto em quatro funções: *a) proibir a retroatividade da lei penal*; *b) proibir a criação de crimes e penas pelo costume*; *c) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas*; e *d) proibir incriminações vagas e indeterminadas*.

Modernamente tem-se distinguido entre *legalidade formal* e *legalidade material*, apontando-se que a primeira espécie é dividida em três postulados: *reserva legal*, *determinação taxativa* e *irretroatividade*, conforme Luis Luisi (2003, p. 17/18).

Já a legalidade material consistiria na previsão de condutas que atingissem verdadeiramente bens jurídicos considerados de suma importância, ou que criassem situações de risco iminente e concreto a esses bens.

Neste sentido o ensinamento de Alberto Silva Franco:

O princípio da legalidade, com as projeções já explicitadas, não se exaure, contudo, na sua dimensão formal. O conceito material de crime não está superposto à área de significado do princípio da legalidade, como se fosse verso e reverso da mesma moeda. O crime, na sua angulação material, não pode, portanto, ser confundido com o fato punível, descrito pelo legislador. O princípio da legalidade, na sua acepção formal, não permite identificar “quais as qualidades que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais”. O conceito material de crime traz, portanto, à colação o problema da função e dos limites do Direito Penal, conduzindo à formulação de um questionamento que se situa exteriormente ao próprio ordenamento penal legalmente constituído e que permite determinar as características materiais da conduta criminosa e das conseqüências jurídicas dela decorrentes, além de estabelecer os limites do Direito Penal diante de outros controles sociais formais (2000, p. 54).

Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 53) afirma que “denomina-se *legalidade material* ou *substancial* o princípio vinculado ao conceito material de crime, ao passo que *legalidade formal* está ligado ao conceito formal de delito”.

Considerando a similitude de apontamentos dos desdobramentos do princípio da legalidade, este será estudado sob os enfoques formais e materiais.

1.3.1 Princípio da legalidade formal e seus corolários

De acordo com os ensinamentos acima, o princípio da legalidade *formal* se divide em três outros postulados, também chamados de princípios, subprincípios ou funções decorrentes do princípio matriz.

1.3.1.1 Princípio da reserva legal

Segundo o princípio da reserva legal, somente a lei aprovada pelo procedimento próprio é que poderia instituir os crimes e as sanções penais aplicáveis (penas e medidas de segurança).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 52), pelo princípio da reserva legal entende-se que “os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal”.

Trata-se de questão de fonte formal do Direito Penal, uma vez que somente o Congresso Nacional detém exclusividade para legislar sobre matéria penal, nos termos do artigo 22, I, e 48, da Carta da República.

O fundamento da reserva legal está na legitimidade democrática, como assevera Luiz Regis Prado:

O motivo que justifica a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular – art. 1º, parágrafo único, CF), fazendo com que seu exercício não seja arbitrário (2010, p. 141).

Em síntese, somente a lei formal é fonte criadora de crimes e de suas sanções penais (penas e medidas de segurança), sendo inconstitucional a utilização para tal finalidade de qualquer outro ato normativo, como as medidas provisórias, os decretos legislativos, os costumes ou do argumento analógico *in mala parte*. Exige-se, pois, lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*).

1.3.1.2 Princípio da taxatividade

O princípio da taxatividade é extraído da expressão *nullun crimen, nulla poena sine lege certa* e tem como característica exigir que as normas penais sejam claras e objetivas, com a mínima utilização de termos genéricos e passíveis de dúvida quanto ao seu significado.

Francisco de Assis Toledo (1994, p. 29) ensinava que “a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.

No mesmo pensar, Luiz Regis Prado (2010, p. 143) afirma que, pelo princípio da taxatividade (por ele também denominado de princípio da determinação), a lei penal “deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo de injusto e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica”.

Nilo Batista (2004, p. 81/82), por sua vez, lembra ser possível distinguir algumas modalidades frequentes de violação do princípio da taxatividade: “a) ocultação do núcleo do tipo; b) emprego de elementos do tipo sem precisão semântica; e c) tipificações abertas e exemplificativas”.

A exigência da taxatividade das leis tem mais de um fundamento. Primeiro, por permitir a diferenciação do lícito e do ilícito pelo destinatário da norma. Segundo, por autolimitar o poder punitivo do judiciário, nos exatos limites da Lei. Terceiro, por se impor como garantia de igualdade.

De fato, a exigência de certeza e clareza dos tipos penais se consubstancia em garantia do cidadão de que somente se praticar *determinada conduta* é que poderá ter contra si a aplicação do Direito Penal.

1.3.1.3 Princípio da irretroatividade

Traduzido no apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, o princípio da irretroatividade da lei penal significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem sanções penais.

A retroatividade das normas penais benéficas está consagrada positivamente no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, e no artigo 2º, do Código Penal.

Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 16) lembra que referido princípio “é consequência das idéias consagradas pelo *Iluminismo*, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789”.

Luiz Luisi enfatiza que tal princípio é assecuratório do cidadão em face do legislador:

A irretroatividade da lei penal é, sem dúvidas, um postulado decorrente da legalidade dos delitos e das penas, constituindo um complemento lógico da

Reserva Legal. Expressa ela a exigência da atualidade da lei, impondo que a mesma, como princípio, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores.

Como ensina F. Mantovani, a irretroatividade da lei penal, além de assegurar exigências racionais de certeza do delito “dá ao cidadão a segurança, ante as mudanças de valoração do legislador, de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente, por fatos que no momento de sua comissão, não eram apenados, ou o eram de forma mais branda” (2003, p. 26).

Fundamenta-se, essencialmente, na segurança jurídica como forma de restringir o arbítrio legislativo e também judicial na elaboração ou na aplicação da norma penal retroativa prejudicial.

1.3.2. Princípio da legalidade material e seus corolários:

Como já dito, a legalidade material busca estabelecer que o Direito Penal deve incidir apenas nas condutas que atinjam verdadeiramente bens jurídicos de suma importância, ou que criem situações de risco iminente e concreto a esses bens jurídicos considerados mais relevantes.

Enquanto o princípio da legalidade formal preocupa-se com a previsibilidade legal, irretroatividade e taxatividade da norma que institua crimes, o princípio da legalidade material busca criar parâmetros sobre quais os bens jurídicos podem e devem ser protegidos pelo sistema penal.

A eleição do bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal é uma das tarefas mais difíceis do ordenamento jurídico, na medida em que se materializa em valores reconhecidos em cada época de acordo com o desenvolvimento social de uma nação.

Assim é que, na ordenação do sistema penal, torna-se imprescindível o estabelecimento de princípios que norteiem a deliberação legislativa acerca de quais bens jurídicos podem ser amparados.

A intervenção mínima e seus corolários (subsidiariedade, proporcionalidade e lesividade) partem da idéia de que somente os bens jurídicos mais importantes e imprescindíveis à sociedade devem ser tutelados pelo Direito Penal.

O presente trabalho busca demonstrar que a probidade administrativa, como valor (bem jurídico) constitucional que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, necessita ser protegida pelo Direito Penal como forma de desenvolvimento social e cultural do povo brasileiro.

1.3.2.1 Princípio da subsidiariedade

Também conhecido pelo princípio da intervenção mínima, o princípio da subsidiariedade do Direito Penal significa que somente nas situações em que outros campos do direito não conseguiram a proteção do bem jurídico é que o Direito Penal deve ser chamado para a tutela do valor subjacente.

Nesse sentido a lição de Luiz Luisi:

Através do princípio da legalidade se impõem limites ao arbítrio judicial, mas como bem observou Gian Domenico Romagnosi, - escrevendo em 1791 – o Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar figuras delitivas iníquas e instituir penas vexatórias à dignidade humana. Impõem-se, para evitar uma legislação inadequada a injusta restringir, e mesmo, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

Entendendo ser necessário enfrentar e dar solução ao problema em foco, Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º determinou que “A lei apenas deve estabelecer penas *estrita e evidentemente necessárias*”.... Punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima (2003, p. 38/39).

Do mesmo modo o ensinamento de Luiz Regis Prado:

O princípio da *intervenção mínima* ou da subsidiariedade decorrente das idéias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, presentes no pensamento *ilustrado* estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais (2010, p. 148).

A fragmentariedade, corolário do princípio da subsidiariedade, significa que somente algumas das ações lesivas dos bens jurídicos protegidos penalmente é que devem ser criminalizadas. Mesmo se tratando de bem jurídico protegido pelo Direito Penal, de reconhecida importância, somente algumas condutas (fragmentos de condutas), consideradas

mais lesivas ou que coloquem em risco maior o bem jurídico, é que devem ser tipificadas como crimes.

Luiz Flávio Gomes enfatiza que somente quando outros ramos do direito não conseguem proteger o bem jurídico é que o Direito Penal deve ser acionado:

A fragmentariedade do Direito Penal significa, por sua vez, duas coisas: (a) somente os bens jurídicos mais relevantes devem merecer a tutela penal; (b) exclusivamente os ataques mais intoleráveis é que devem ser punidos penalmente. Como se vê, o Direito tem condições de oferecer aos bens uma proteção diferenciada, que pode ser civil, administrativa, penal etc. A tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convívio social (2006, p. 100).

A subsidiariedade (e fragmentariedade) do Direito Penal acaba por se tornar um princípio limitador do legislador, na medida em que somente quando estritamente necessária, diante da insuficiência de proteção do bem jurídico por outros campos do Direito, como o Direito Administrativo ou o Direito Civil, é que pode existir a criminalização da conduta, com a consequente sanção penal.

1.3.2.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é conhecido também por princípio da *razoabilidade* e estabelece que deve existir uma proporção, um equilíbrio, entre a criminalização de uma conduta em relação à proteção do bem jurídico que se pretende tutelar, bem como deve existir razoabilidade entre a conduta criminosa e a pena a ser aplicada ao agente.

Beccaria (1999, p. 139) é apontado como precursor da idéia da proporcionalidade da pena, por ter concluído que esta deveria ser “essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei.”

Luigi Ferrajoli destaca a relação que deve existir entre o delito e a pena:

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da

quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz *em relação* à natureza e à gravidade do outro. O *princípio da proporcionalidade* expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios da legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico (2010, p. 366).

O princípio da proporcionalidade deve ser observado em abstrato, na elaboração das leis, e em concreto, no momento de aplicação das penas (e medidas de segurança) aos agentes que violarem os preceitos penais. Direciona-se, pois, tanto ao Poder Legislativo, no momento da elaboração de leis, quanto ao Poder Judiciário, por ocasião da aplicação das penas.

Esse o ensinamento de Alberto Silva Franco:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade) (2000, p. 67).

Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 49) esclarece didaticamente a aplicação do referido princípio, ao afirmar que “não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não ser admissível punir um homicídio com pena de multa.”

Dos exemplos e fundamentos acima desenvolvidos se extrai que o princípio da proporcionalidade pode ser violado pelo excesso ou pela omissão.

A atuação em demasia, como na elaboração de leis que não protejam qualquer bem jurídico, ou na fixação de penas exacerbadas para o fato, importa em ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Do mesmo modo, a ausência de proteção legal suficiente a determinados bens jurídicos, ou a imposição de sanções por demais brandas, também correspondem à violação do estudado princípio.

Nesse último aspecto é que o presente trabalho destaca a insuficiência da proteção do bem jurídico “proibidade administrativa” como ofensa ao princípio da proporcionalidade, tornando necessária a criminalização das condutas que violem este valor constitucional.

1.3.2.3 Princípio da ofensividade ou da lesividade

Pelo princípio da ofensividade, somente as condutas que acarretem lesão ou perigo real de lesão ao bem jurídico protegido podem ser criminalizadas.

Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 20) enfatiza que “para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo *concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido”.

Sem adentrar na discussão acerca da possibilidade ou não da existência de crimes de perigo abstrato, o essencial é que o princípio da lesividade busca evitar que a pessoa humana seja punida pelo que é e não por alguma conduta que tenha causado lesão (ou exposto a dano) ao bem jurídico protegido.

Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 19) esclarece que “a criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real, ou potencial, a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo modo de ser ou de pensar”.

O princípio da ofensividade, então, tem dupla função: primeiro serve de parâmetro ao legislador, posto que somente as condutas que de fato ofenderem ou colocarem em risco bem jurídicos importantes podem ser criminalizadas.

Nilo Batista (2004, p. 92/94) entende que, por essa função, o princípio da ofensividade proíbe a incriminação das seguintes situações: *a) atitude interna; b) conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) simples estados ou condições existenciais; e d) condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.*

E num segundo plano, porque serve de critério de validade e de delimitação do ilícito, na precisa lição de Fábio Roberto D’Avila: “a ofensividade torna-se, por isso, no plano *de lege ferenda*, um importante critério de orientação legislativa e, no plano *de lege lata*, critério de validade e delimitação do ilícito, reitor de uma hermenêutica que se quer constitucionalmente orientada”. (2006, p. 91).

Do princípio da ofensividade, especialmente, se extrai a importância em se conceituar o bem jurídico.

Com efeito, na lição de Nilo Batista (2004, p. 95), “o bem jurídico põe-se como sinal de lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, “revelando” e demarcando a ofensa”.

Para Fábio Roberto D’Avila (2006, p. 93), “o bem jurídico-penal assume a posição de pedra angular do ilícito”.

Assim, no próximo capítulo deste estudo será analisado o bem jurídico como parâmetro para a criação de delitos e a proibidade administrativa como bem jurídico constitucional de necessária proteção.

CAPÍTULO 2 – O BEM JURÍDICO PENAL E OS MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS CONTEMPORÂNEOS

2.1 Introdução

A noção de Direito Penal, vinculado à dignidade da pessoa humana e do tipo penal como exteriorização da proteção de bens jurídicos, é recente na história do Direito Penal.

Numa breve síntese, o Direito Penal antigo passou por fases evolutivas, podendo ser dividido pelos períodos da “*vingança privada, vingança divina e vingança pública*”, todos eles marcados por “forte sentimento religioso/espiritual”, conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 25). Nestes períodos, o crime era considerado um pecado contra as leis humanas e divinas e as penas visavam a desagrar a divindade ou garantir a segurança do soberano, sendo marcadas pela crueldade e severidade.

No século XVIII surgem pensadores contrários ao sistema vigente, com idéias em torno da razão e da humanidade do sistema penal, no que ficou conhecido por *Iluminismo*. Esse movimento teve em Cesar Bonessana, Marquês de Beccaria (1738-1794), seu mais influente pensador, por meio da obra “*Dos Delitos e das Penas*”, publicada em 1764, e seu apogeu aconteceu com a Revolução Francesa, inspirada nos filósofos Montesquieu, Voltaire e Rosseau, entre outros.

No *Iluminismo*, a punição está completamente desvinculada das preocupações éticas e religiosas, encontrando o delito sua razão de ser no contrato social violado (dano à nação). Os postulados do *Iluminismo* marcam o início do Direito Penal Moderno, segundo Bitencourt (2004, p. 38).

O Direito Penal Brasileiro, por sua vez, pode ser dividido em três grandes fases: período colonial, período do Código Criminal do Império e período republicano. Percebe-se em cada período que o Direito Penal estava voltado a defender os interesses de cada espécie de Estado.

No período colonial havia uma forte proteção da fé católica e de seus dogmas, pois a Igreja e o Estado eram unificados. Nessa época havia a previsão de crimes nas Ordenações Filipinas de “professar doutrina contrária à Igreja”, de “abandonar a fé”, e mesmo de “amaldiçoar ou ultrajar os santos e Deus”.

Já na época do Império, demonstrando que o bem jurídico mais importante da época era a proteção do Império, o Código Criminal, de 16 de dezembro de 1830, continha em seu primeiro capítulo da parte especial a previsão “dos crimes contra a existência política do Império”.

O período republicano não foi diferente, tendo o legislador se preocupado em punir com severidade as condutas que pudessem colocar em risco a nova forma de Estado, ou seja, a República.

O atual Código Penal, sancionado por decreto em 1940 e passando a vigorar a partir de 1942, invertendo a sistemática das normas penais anteriores, coloca a pessoa humana como merecedora de destacada proteção penal, tanto que a parte especial, onde estão previstos os crimes, inicia-se com o Título “dos crimes contra a pessoa”, que abrange os capítulos “dos crimes contra a vida”, “das lesões corporais”, “da periclitção da vida e da saúde”, “da rixa” e “dos crimes contra a honra”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e suas diretrizes, as reformas penais passaram a focar a proteção de outros valores, especialmente os direitos sociais, como meio ambiente e a saúde, por exemplo. Nota-se, ainda, uma preocupação com o aumento da criminalidade e com suas apontadas causas, resultando numa legislação mais severa com relação ao comércio de drogas, aos crimes de trânsito, ao crime organizado etc.

Visualiza-se, claramente, que nas últimas décadas o legislador percebeu a necessidade de proteção penal dos bens jurídicos difusos, coletivos, e não apenas dos individuais.

Nesse sentido o ensinamento de Luiz Regis Prado:

Assiste-se, na atualidade, a novas e ampliadas formas de tutela, resultado do processo evolutivo do Estado liberal para o Estado social, e à afirmação deste último, que engendra a assunção de novos deveres (v.g., assistência e promoção), novos riscos (v.g., manipulação genética, energia nuclear, transgênicos) e encaminhamentos, tal como o de salvaguarda de direitos que transcendem a esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada. Emergem, nesse contexto, novos bens jurídicos, ou ampliam-se os já existentes (2010, p. 269).

Segundo Fábio Freitas Dias (2006, p. 123), o Direito Penal deve “tutelar os bens e valores fundamentais, imprescindíveis ao desenvolvimento das potencialidades humanas no meio social”.

Jorge de Figueiredo Dias, por sua vez, em razão da criminalização de condutas que afetam direitos sociais, divide o Direito Penal em “primário” e “secundário”. São suas as palavras:

Neste contexto se compreende bem a existência de duas zonas relativas autônomas na actividade do Estado: uma que visa proteger a esfera de actuação especificamente *pessoal* (embora não necessariamente “individual”) do homem e que em primeira linha se conforma através dos seus direitos fundamentais; outra que visa proteger a sua esfera de actuação *social* e que se conforma em princípio através dos seus direitos e deveres económicos, sociais e culturais (ou, numa expressão com este amplíssimo sentido, dos seus “direitos sociais”) (2006, p. 41).

Considerando que a correta definição do bem jurídico penal passa pela concepção da definição de crime que se toma, importante, então, nesse momento, fazer uma análise, ainda que breve, sobre tal tema.

2.2. Conceitos de crime

Classicamente o crime é conceituado de três formas diferentes: *formal*, *material* e *analítico*.

Formalmente, segundo Heleno Cláudio Fragoso (1980, p. 148), “crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”. Esse conceito formal de crime leva em conta apenas o aspecto externo, puramente nominal do fato.

Segundo Mirabete (2004, p. 95), os conceitos formais de crime “alcançam apenas um dos aspectos do fenómeno criminal, o mais aparente é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal. Não penetram, contudo, em sua essência, em seu conteúdo, em sua “matéria”.

Materialmente, crime “é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”, de acordo com Magalhães Noronha (1978, p. 105).

Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 189) afirma que, pelo conceito *material*, “crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena”.

Analiticamente, o crime é conceituado como a “ação típica, antijurídica e culpável”. Essa definição, segundo Mirabete (2004, p. 97), “vem consignada tanto pelos autores que seguem a teoria causalista (naturalista, clássica, tradicional), como pelos adeptos da teoria finalista da ação (ou da ação finalista)”.

O conceito analítico de crime “analisa as características ou elementos que compõem a infração penal”, no dizer de Rogério Greco (2003, p. 152).

Feitas essas conceituações, observa-se que a definição analítica de crime interessa essencialmente à dogmática do Direito Penal, que estuda os elementos que compõem o crime. No entanto, não se preocupa em saber o que pode ser considerado crime, substancialmente.

O conceito formal de delito, por sua vez, é baseado no princípio da legalidade de que não pode existir crime sem previsão anterior em lei, preocupando-se com a forma e não com a substância.

Já o conceito material de crime é o único que foca na questão do bem jurídico, ou seja, em saber quais os interesses que devem ser protegidos pela lei penal, com a criação de tipos penais.

Esse o ensinamento de Luiz Regis Prado:

Em princípio, são socialmente danosas condutas que afetam de forma intolerável a estabilidade e o desenvolvimento da vida em comunidade, só sendo admissível o emprego da lei penal quando haja necessidade essencial de proteção da coletividade ou de bens vitais do indivíduo. Dessa forma, subministra-se ao legislador uma orientação político-criminal sobre o que pode ser punido e o que deve deixar impune (2010, p. 249).

Claus Roxin (2009, p. 11) afirma que “de acordo com o estandar alcançado por nossa civilização ocidental a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”, para, em seguida, concluir que

De tudo isto resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não possa alcançar de outra forma melhor (2009, p. 17/18).

O conceito material de crime, então, é o fundamento para o princípio da ofensividade (ou lesividade), na medida em que, segundo Bitencourt (2004, p. 20), “para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo *concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido”.

E esse bem jurídico protegido deve ter lastro na Constituição Federal, conforme acentua Fábio Roberto D’Avila:

A proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade – como também da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, veda a instrumentalização do homem em benefício de meros interesses administrativos – impede, por tudo isso, o alargamento da tutela penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia com a ordem constitucional (2009, p. 71).

Brota, então, a noção de Direito Penal sob o aspecto material, de acordo com o princípio da ofensividade, como protetor de bens jurídicos em harmonia com a Constituição.

2.3. Bem jurídico

Na atualidade da dogmática penal, o bem jurídico aparece como verdadeiro pressuposto axiológico para a legitimidade do tipo penal.

Fábio Roberto D’Avila (2006, p. 93) chega a afirmar que “o bem jurídico-penal assume a posição de pedra angular do ilícito”.

Necessário, então, conceituar o que vem a ser bem jurídico.

Nelson Hungria ensinava que

Bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade da existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade), e *interesse* é a avaliação ou representação subjetiva do *bem* como tal (Rocco, L’oggetto del reato). *Bem* ou *interesse jurídico* é o que incide sob a proteção do direito *in genere*. *Bem* ou *interesse jurídico penalmente protegido* é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional, etc.) (1955, p. 8).

Francisco de Assis Toledo (1994, p. 16) conceituava bens jurídicos como sendo os “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.

Luiz Regis Prado, por sua vez, afirma que

Bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito (2011, p. 52/53).

Jorge de Figueiredo Dias (2006, p. 44/45) entende que os bens jurídicos são “interesses socialmente relevantes cuja defesa é condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade do homem”.

Claus Roxin (2009, p. 18/19) afirma que bens jurídicos “são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. Esclarece, ainda, que “um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade” (2009, p. 19).

Vê-se, pois, que bem jurídico penal pode ser entendido como toda coisa ou valor de relevância social, plasmado na Constituição Federal, essencial para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e, por isso, penalmente protegido.

2.3.1 Evolução histórica

A idéia de objeto jurídico do delito nasce com o movimento da Ilustração e com o surgimento do Direito Penal moderno, segundo Luiz Regis Prado (2011, p. 27).

Se no passado o delito era visto como um pecado contra os desígnios divinos ou um atentado aos interesses do rei, com os pensamentos do “Século das Luzes” surge a noção de delito como violação do contrato social. O delito passou a ser entendido como lesão de um direito subjetivo, da pessoa (física ou jurídica) ou do Estado, de acordo com a doutrina jurídica privatista de Feuerbach.

Tal concepção (delito como violação de direito subjetivo), embora representasse um progresso em relação ao sistema anterior, não estava imune a críticas, na medida em que confundia bem jurídico com objeto do direito. A ofensa à integridade corporal de alguém, por exemplo, não viola o direito subjetivo da pessoa, mas sim o corpo desta, ou seja, o objeto jurídico do delito. Além disso, nas hipóteses de delitos que não tinham um titular definido (v.g., valores coletivos) ocorreria a lesão de direito subjetivo sem sujeito.

De acordo com Fábio Roberto D'Ávila (2009, p. 64), a teoria do bem jurídico desenvolve-se, substancialmente, com a publicação de um “escrito de Birnbaum, em 1834, no qual o autor afirmava que o conteúdo do crime deveria ser buscado, não na violação de direitos subjetivos, mas na ofensa a valores assim reconhecidos pela sociedade, isto é, na ofensa a bens protegidos pela norma”.

Esta nova forma de compreender o delito, como violação de bem jurídico, colocava em evidência, de forma implícita, o princípio da lesividade (ou da ofensividade), mas não apresentava contornos precisos sobre o que vinha a ser o bem jurídico penalmente protegido e seus limites.

Surgem, a partir de então, estudos acerca das teorias do bem jurídico, destacando-se as sociológicas e constitucionalistas.

2.3.2 Teorias sociológicas

Para Binding, *apud* Prado (2011, p. 32/33), “bem jurídico é tudo o que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica, sendo, portanto, sua presença, indispensável à configuração do delito”. Por essa concepção, “o bem jurídico vem a ser a garantia das expectativas normativas principais contra a sua fraude”.

Franz Von Liszt, *apud* Prado (2011, p. 35), entendia que a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra. O fim do Direito seria proteger os interesses do homem e estes preexistem à intervenção normativa. Segundo ele, o ordenamento jurídico “não cria o interesse, cria-o a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico”.

Vê-se que as teorias sociológicas retiram da sociedade ou da norma a noção de bem jurídico, entendendo que este nasce do interesse social em proteger determinado valor. As interações sociais ou a norma produzem um interesse que pode necessitar de proteção penal. Se houver, surge o bem jurídico penal.

As dificuldades dogmáticas das teorias sociológicas são que elas não esclarecem por que determinadas condutas são criminalizadas e nem traçam limites ao legislador na

tipificação de certos comportamentos, o que permite sejam usadas para sustentar doutrinas totalitaristas e arbitrárias, como a do nazismo alemão.

Nesse sentido afirma Luiz Regis Prado:

Em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, porque uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros.

Então, percebe-se que o legislador ordinário não fica jungido a nenhuma espécie de vínculo por ocasião da escolha dos tipos incriminadores e de suas respectivas sanções, e também não se vislumbra nenhuma possibilidade de impedir ou, ao menos, dificultar o arbítrio do intérprete na busca dos específicos objetos de tutela (2011, p. 43).

Diante deste quadro surgem as teorias constitucionalistas, visando formular critérios para se impor ao legislador ordinário no momento da criação do delito.

2.3.3 Teorias constitucionalistas

As teorias constitucionalistas surgem a partir da segunda grande guerra, em meados do século XX, como forma de impor limites constitucionais à formulação de crimes, operando uma espécie de normatização de políticas penais.

H. J. Rudolphi, *apud* Prado, entendia que:

Os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores. Adverte ele que o Estado de Direito é mais que um simples Estado de legalidade, só encontrando sua verdadeira legitimidade na idéia de justiça material. O bem jurídico, nesse contexto, é concebido como uma valiosa unidade de função social (unidade de função *viva*), indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar (2011, p. 64).

Partindo dessas premissas, Fábio de Freitas Dias (2006, p. 121/122) afirma que “a Constituição é o referencial de sustentação do sistema jurídico, que reflete o ambiente social-valorativo de consenso comunitário”.

Luiz Regis Prado (2011, p. 96/97) tem o mesmo pensar e conclui que “em um Estado democrático de Direito, a determinação dos valores elementares da comunidade deve estar, em princípio, delineada na Constituição”.

Assim, de acordo com as teorias constitucionalistas, o bem jurídico deve surgir dentro de balizas gerais de natureza constitucional, capazes de estabelecer uma necessária direção restritiva (limitação normativa) ao legislador ordinário, no momento da criação do tipo penal.

“Sob essa nova ótica, os bens jurídicos, além da sua natureza individual ou coletiva, passam a ter uma natureza constitucional que os fazem merecedores da proteção penal. É a dignificação constitucional do bem jurídico”, na esmerada lição de Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992, p. 47/48).

As teorias constitucionalistas de bem jurídico podem ser divididas em duas espécies: *teorias constitucionais amplas* e *teorias constitucionais estritas*.

De acordo com Luiz Regis Prado (2011, p. 63), as *teorias constitucionais amplas* costumam “fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo”.

Janaína Conceição Paschoal (2002, p. 55) afirma que se trata de “limitação negativa ao Direito Penal” pela qual “o Estado pode tipificar condutas atentatórias a valores que não tenham sido reconhecidos pela Constituição, desde que tal criminalização não fira os valores constitucionais”.

O fundamento das teorias amplas está em que o desenvolvimento social pode fazer com que valores antes não reputados importantes para a sociedade sejam assim tratados, com o passar do tempo, necessitando de proteção penal. O limite constitucional do bem jurídico, então, seria não afrontar os princípios constitucionais e se manter fiel ao espírito da Constituição.

Já as *teorias constitucionais estritas* entendem que não há espaço para o legislador infraconstitucional, o qual ficaria circunscrito à possibilidade de criminalização apenas dos bens relevantes já previstos na Constituição.

Nesse sentido, o ensinamento de Luiz Regis Prado:

As teorias constitucionais estritas, representadas por F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J. J. Gonzales Rus e E. Gregori, orientam-se firmemente e em

primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional (2011, p. 65).

Independente da teoria constitucional que se adote, o importante é destacar que somente valores plasmados na Constituição são considerados aptos a ser protegidos pela força do Direito Penal.

No dizer de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *apud* Fábio Freitas Dias (2006, p. 122), “a Magna Carta se impõe, de forma vinculante, a toda ordem jurídica punitiva, estabelecendo uma relação direta entre o Direito Penal e os valores mais essenciais da comunidade na dupla vertente de os proteger e de, através das penas, os limitar”.

Com espreque nessa linha doutrinária é que se procurará demonstrar, no presente trabalho, que a probidade administrativa é um bem jurídico relevante, previsto expressamente na Constituição Federal Brasileira de 1988, que necessita da proteção do Direito Penal para assegurar o desenvolvimento social e, por via de consequência natural, das potencialidades da pessoa humana.

2.4 A probidade administrativa como bem jurídico constitucional

A probidade administrativa é considerada por parte da doutrina como princípio constitucional contido no princípio da moralidade.

Segundo enfatizam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1992, p. 163), “como, contudo, o art. 37, no seu caput, elenca a moralidade como princípio da atuação administrativa pública, temos para nós que o próprio alargamento da noção de improbidade administrativa deflui do dito princípio.”

É clássica a lição de José Afonso da Silva no sentido de que a probidade seria uma forma de moralidade qualificada:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (1999, p. 649).

Ou então a probidade administrativa pode ser considerada como um subprincípio ou regra derivada do princípio da moralidade administrativa, no dizer de Wallace Paiva Martins Júnior (2009, p. 106/107).

Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 30) ensina que “os princípios constitucionais são primários. Deles decorrem outros princípios, que são subprincípios em relação aos anteriores, e que se podem conter, expressa ou implicitamente, no próprio sistema constitucional.”

Emerson Garcia busca na etimologia a explicação do que se entende por probidade, afirmando que esta significa “retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade”. (Improbidade Administrativa, 2006, p. 109).

Enfatizando a questão da honestidade, o doutrinador Juarez Freitas assim define o princípio da probidade administrativa:

Pois bem, associado ao juridicamente autônomo princípio da moralidade administrativa – mais especificação do que qualificação subsidiária daquele - , o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos inequivocamente desonestos ou desleais para com o Poder Público, praticados por agentes públicos ou terceiros, concretizado por tipificações e mecanismos sancionatórios inscritos na Lei 8.429/92, que exigem aplicação cercada de cautelas, no resguardo dos limites do próprio princípio (2010, p. 362).

Desses ensinamentos se extrai, singelamente, que o princípio da probidade pode ser entendido, então, como o dever do agente público de pautar suas ações de acordo com o bem comum, de forma ética e com bom senso.

Evidentemente que tal princípio se aplica a todas as pessoas que desempenham cargos ou funções públicas, independentemente de estarem alocadas no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, uma vez que se trata de princípio geral destinado a proteger todas as ações dos detentores de parcela de Poder.

A probidade administrativa, pois, é considerada um bem jurídico relevante para o ordenamento jurídico, estando expressamente previsto na Constituição Federal.

A própria Lei Maior prevê, inclusive, as punições mínimas para aqueles que atuam com desrespeito ao princípio da probidade administrativa.

O artigo 37, § 4º, da Carta da República, estabelece que 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.

Já o artigo 14, § 9º, estabelece que Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Desses dispositivos da Constituição Cidadã se extrai o fundamento normativo para o reconhecimento da probidade administrativa como sendo um bem de suma importância, a ponto de necessitar de especial proteção do ordenamento jurídico.

Regulamentando o artigo 37, § 4º, da Carta da República, foi editada a Lei Federal nº. 8.429, de 02 de junho de 1992, chamada Lei de Improbidade Administrativa.

E em seu artigo 12, a Lei de Improbidade Administrativa impõe a suspensão dos direitos políticos como punição aplicável a todos os atos de improbidade administrativa, dentro de um mínimo de 03 (três) anos até um máximo de 10 (dez) anos, conforme a espécie e a gravidade do ato administrativo ímprobo praticado.

Assim, aqueles que não se pautam na atividade pública com lealdade, honestidade, honradez, interesse público, ética etc., acabam por ser punidos pela improbidade administrativa.

Nesse caso, a punição, além de impor a devolução do proveito ilícito, a reparação do dano causado e a proibição de contratar com o ente público, também estabelece que o agente terá seus direitos políticos suspensos. Restringem-se os direitos políticos em razão de ações pretéritas ímprobadas praticadas pelo agente.

Consubstancia-se um modo de prevenção para que o agente público, eleito, nomeado, ou aprovado em concurso, possa pautar sua conduta com retidão de princípios morais a fim de não ter cerceado o direito de eleger e de ser eleito.

Por outro lado, serve de estímulo a que todas as ações dos ocasionais detentores de Poder sejam pautadas pelos princípios republicanos e administrativos expressamente previstos constitucionalmente.

Ocorre que tal diploma legal (Lei de Improbidade) não possui normas de caráter penal visando à proteção da probidade administrativa¹.

É verdade que a Lei de Improbidade Administrativa significou um avanço enorme no que diz respeito à fiscalização e à punição (não penal, evidentemente) das condutas praticadas pelos agentes públicos.

No entanto, forçoso reconhecer que as normas existentes ainda não se mostraram suficientes para a repressão dos principais atos de improbidade administrativa, que continuam a ser praticados, diuturnamente, nas repartições públicas pátrias.

As normas de natureza penal existentes (Código Penal – crimes contra a administração pública, crimes de responsabilidade, crimes de sonegação fiscal, crimes de licitações, entre outros) protegem aspectos da probidade administrativa, mas não se mostraram suficientes para evitar a prática reiterada de atos de corrupção, de desvio de recursos públicos e de outros atos de improbidade administrativa, muito comuns, infelizmente.

O resultado da prática reiterada de atos de improbidade administrativa é o desvio de milhares de reais dos cofres públicos, que poderiam e deveriam ser usados para políticas públicas de desenvolvimento da sociedade.

A corrupção administrativa e o desvio de recursos públicos têm sido apontados como causas do desaparecimento de milhões de reais que poderiam ser usados em obras e serviços públicos indutores dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da promoção da dignidade da pessoa humana.

O dinheiro desviado anualmente pelos corruptos brasileiros é suficiente para *erradicar a miséria do País*, entre outras coisas.

Segundo a revista *Veja*:

A conclusão a que se chega é de uma amarga simplicidade: a cada ano, a corrupção rouba dos cofres públicos brasileiros a exorbitante quantia de 85 bilhões de reais. Esse montante seria suficiente para resolver os principais problemas do país e acelerar seu desenvolvimento. Mas o que se vê como uma triste rotina são políticos desonestos embolsando esse dinheiro para o enriquecimento pessoal e o financiamento de campanhas de seus partidos (2011, p. 79).

¹ O artigo 19 apenas cria o crime de representação por ato de improbidade de pessoa que se sabe inocente, sendo uma espécie de denúncia caluniosa de ato de improbidade.

A corrupção administrativa e o desvio de dinheiro público diminuem profundamente as condições do Estado de assegurar a dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que Luiz Regis Prado (2010, p. 144) afirma que “a noção de dignidade humana, como dado inerente ao ser humano enquanto tal, encerra, também, a promoção do desenvolvimento livre e pleno da personalidade individual, projetando-se, assim, culturalmente”.

Cabe ao Estado, então, não só providenciar o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano como também retirar todos os obstáculos a esse desenvolvimento.

Na lição de Luiz Regis Prado:

Desse modo, e coerentemente com a sua finalidade maior, o Estado democrático de Direito e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização (2010, p. 144).

Sob essa ótica é que se conclui que, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cabe ao Estado promover os direitos fundamentais da pessoa e remover todos os obstáculos ao desenvolvimento da personalidade dos cidadãos.

Percebe-se, pois, com clareza, nos dias atuais, que, quanto maior é o índice de corrupção, menores serão as políticas públicas voltadas aos direitos sociais e menor será o índice de desenvolvimento humano do País.

Considerando que a corrupção e o desvio de recursos públicos são espécies de atos de improbidade administrativa, que é o gênero, sustenta-se que a probidade administrativa é fomentadora de políticas públicas que asseguram os direitos fundamentais e que a improbidade administrativa é conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana.

Assim, conclui-se que a probidade administrativa é um bem jurídico previsto na Constituição Federal Brasileira, de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais, sendo que seu desrespeito caracteriza uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Importante, então, para o presente trabalho, contextualizar o bem jurídico em questão (probidade administrativa) dentro de uma perspectiva ideológica do Direito Penal atual, ou

seja, é necessário verificar em que substrato teórico penal se insere a punição dos atos de improbidade administrativa.

2.5 Os movimentos ideológicos penais

Atualmente vários discursos penais principais têm-se digladiado como fundamentos para uma política criminal a ser desenvolvida pelos Estados Nacionais.

Esses chamados movimentos ideológicos procuram estabelecer um caminho ao legislador sobre como deve ser a resposta do Estado aos fatos criminosos ocorridos na sociedade.

Sem embargo de outros, os principais pensamentos ideológicos penais da atualidade são: Movimento Abolicionista, Direito Penal Mínimo, Direito Penal Máximo e Direito Penal do Inimigo.

2.5.1 O Abolicionismo

O movimento abolicionista nasce de uma análise crítica do Direito Penal.

Inicialmente questiona-se o caráter seletivo da escolha dos tipos penais, que proíbe apenas determinadas condutas sob ameaça de uma pena.

No dizer de Louk Hulsman:

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é delituoso em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é (1993, p. 63).

Assevera também que o Direito Penal somente pune uma camada da sociedade, composta pelos menos favorecidos economicamente, servindo de instrumento de desigualdade social.

Isso sem falar na chamada *cifra negra*, ou seja, na parcela de crimes praticada, mas que não chega sequer ao conhecimento dos órgãos oficiais (Polícia, Ministério Público, Magistratura, etc.), porque as vítimas não noticiam, seja em razão de não lhe darem

importância, seja porque não acreditam que assim fazendo poderão obter a reparação do dano e a solução para o caso.

Questiona-se, ainda, a ineficácia das funções apregoadas pelo Direito Penal, considerando que este seja o conjunto de normas que visam a reprimir e prevenir os delitos.

Como se não bastasse, entende-se que muitas das condutas definidas como crimes poderiam ser resolvidas por meio de outros ramos do ordenamento, como o administrativo e o civil, por exemplo.

Partindo dessas premissas, o movimento em questão prega que o Sistema Penal deve ser eliminado, abolido, não se permitindo a imposição de penas privativas de liberdade, deixando a cargo dos outros ramos do direito a solução para os problemas da sociedade.

Como ensinam Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar:

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais (2003, p. 648)

Ocorre que, por mais que suas premissas sejam verdadeiras, a solução não parece ser a abolição do Direito Penal, mas sim sua adequação às necessidades da sociedade moderna.

Conforme sintetiza Rogério Greco:

Contudo, por mais que seja digno de elogios o raciocínio abolicionista, existem determinadas situações para as quais não se imagina outra alternativa a não ser a aplicação do Direito Penal. Como deixar a cargo da própria sociedade resolver, por exemplo, por intermédio do Direito Civil ou mesmo do Direito Administrativo, um caso de latrocínio, estupro, homicídio, ou seja, casos graves que merecem uma resposta também grave e imediata pelo Estado (2005, p. 13).

Assim, diante da necessidade de reconhecimento de que a pena de prisão é um “mal necessário” para determinados casos, o discurso abolicionista não encontrou eco nos ordenamentos dos Estados, servindo mais de estudo crítico do direito do que proposta de solução para suas mazelas.

2.5.2 O Direito Penal Mínimo

Trata-se de concepção ideológica fundada no caráter subsidiário do Direito Penal.

Afirma que somente os bens jurídicos mais importantes para a sociedade poderão ser protegidos por meio do Direito Penal.

Se o direito administrativo ou o direito civil, por exemplo, forem suficientes para regular as questões relativas a certas condutas, não haveria necessidade de previsão de crimes como forma de prevenir e reprimir as ações.

E somente as condutas socialmente inaceitáveis (princípio da adequação social) que efetivamente causem lesão (princípio da lesividade) ao bem jurídico protegido podem ser tipificadas como proibidas (princípio da legalidade).

Ampara-se no princípio da insignificância da conduta, como forma de atipicidade penal, e da proporcionalidade e individualização das penas.

Além disso, o Direito Penal Mínimo usa de métodos interpretativos das normas penais já existentes para adotar uma posição “garantista”, de proteção dos princípios acima mencionados.

Luiz Regis Prado destaca que a teoria garantista serve de instrumento para assegurar os direitos fundamentais do homem e da sociedade:

A teoria do garantismo visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado democrático de Direito – democracia substancial e não apenas formal – fundamentado no homem e na sociedade, servindo a estes como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais. Dessa feita, sua influência no sistema jurídico-penal daquele ordenamento implica elaborações de toda ordem (material, processual, principiológica, institucional etc.) (2010, p. 115).

A doutrina do garantismo penal tem em Luigi Ferrajoli seu principal defensor.

Ferrajoli (2006, p. 91) sustenta o sistema garantista em dez princípios fundamentais: “princípio da retributividade; da reserva legal; da economia do Direito Penal; da lesividade; da materialidade da ação; da culpabilidade; da jurisdicionalidade; da separação entre juiz e acusação; do ônus da prova; e do contraditório”.

Segundo conclui o citado autor (2006, p. 91), esses princípios formam um “modelo-limite que embora não consigam assegurar todos os direitos e garantias do ser humano

irradiam reflexos em todo o sistema, alterando as regras do jogo fundamental do Direito Penal.”

É nesse conceito de Direito Penal Mínimo garantista que se coloca a improbidade administrativa como conduta que ofende bem jurídico considerado de suma importância para a sociedade atual brasileira.

2.5.3 O Direito Penal Máximo

Também chamado de movimento de Lei e Ordem, em oposição ao Direito Penal Mínimo, apregoa que o Direito Penal deve se ocupar de todos os crimes, em especial dos denominados crimes de bagatela, a fim de evitar que outros delitos sejam praticados.

Segundo seu entendimento, a ausência de punição para pequenas infrações é o maior estímulo para a prática de outros crimes mais graves.

Assim, o Direito Penal deve reprimir com rigor todos os crimes, em especial os pequenos delitos, a fim de coibir os crimes mais graves.

As penas alternativas, não privativas de liberdade, devem ser banidas, pois representam um custo à sociedade ordeira que foi atingida por um infrator.

O encarceramento, ainda que por pouco tempo, é a melhor solução para aquele que infringiu a lei.

Rogério Greco assim define esse movimento ideológico:

Assim, resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas (2005, p. 20).

Dentro dessa perspectiva é que surge a política da *Tolerância Zero*, aplicada com rigor em Nova York na década de 90 do século passado.

Na ocasião, o prefeito Rudolph Giuliani foi eleito e iniciou o plano de segurança denominado *Tolerância Zero* com o fim de coibir a prática dos crimes e trazer de volta a segurança para a população daquela cidade.

Na lição de Loïc Wacquant:

O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.). Usam para isso três meios: aumento em 10 vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairros com obrigação quantitativa de resultados, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e ‘outros comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto’, segundo a terminologia de Kelling (1999, p. 26).

Note-se que esse posicionamento rígido não se preocupa em fazer distinção com relação ao bem jurídico protegido, punindo com o mesmo rigor qualquer ofensa a um bem penalmente tutelado, seja um delito de embriaguez ou um crime de homicídio, por exemplo.

A aplicação rigorosa do movimento da Lei e da Ordem, como aconteceu na cidade de Nova York, acaba por passar uma “sensação de segurança” à sociedade, na medida em que esta assiste diariamente à repressão a todo e qualquer comportamento denominado “antissocial”.

As críticas que se fazem a tal movimento de política penal, de máxima intervenção do Direito Penal, baseiam-se na afirmação de que a falsa punição para todos os infratores somente acaba por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio em razão da impunidade.

Afirma-se que o aumento de leis penais “desvaloriza” as próprias leis e aniquila sua eficácia de prevenção geral, gerando um Direito Penal “simbólico” que busca fazer um papel de educador da sociedade.

2.5.4 O Direito Penal do Inimigo

Trata-se de teoria desenvolvida pelo professor alemão Günter Jakobs, na segunda metade da década de 90 do século passado.

Segundo seu pensamento, seria necessário fazer a distinção entre o *Direito Penal dos Cidadãos* e o *Direito Penal do Inimigo*.

No *Direito Penal dos Cidadãos* seriam respeitados todos os princípios garantistas penais, observadas as normais processuais, preservando-se a dignidade da pessoa humana, sendo o autor tratado como pessoa.

Já o *Direito Penal do Inimigo* não teria preocupações com os princípios fundamentais do Direito Penal, na medida em que o autor do fato é considerado um inimigo do Estado, sendo tratado como *fonte de perigo* e não como pessoa.

No seu dizer:

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade (2009, p. 36).

Segundo o autor da teoria, existem pessoas que *por princípio* se conduzem de modo desviado, não oferecendo garantias de um comportamento conforme o direito, como aqueles que pertencem a *grupos terroristas* ou *organizações criminosas*. Essas pessoas, então, devem ser tratadas como inimigos e não como cidadãos.

Nesse caso a investigação não está baseada nas regras do processo penal comum, mas sim no chamado *processo penal do inimigo*, permitindo-se normas que proíbam a comunicação do acusado com seu defensor (incomunicabilidade), a interceptação nas comunicações, as investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados (2009, p. 38).

E considerando que os inimigos do Estado representam fontes de perigo, a pena passa a ser entendida como uma prevenção frente a *fatos futuros* e não mais como sanção de *fatos passados* (2009, p. 34).

A teoria em questão, em essência, representa uma legitimação de um *estado de guerra*, em que princípios fundamentais penais e processuais penais são deixados de lado com o propósito de *atingir o objetivo*, que é vencer a batalha (no caso, os crimes praticados ou por praticar pelos inimigos).

Pode ser verificado como exemplo típico de normatização de Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira a hipótese da Lei Federal nº. 9614 de 05 de março de 1998, conhecida por *Lei do Abate*, que permite a destruição de aeronave tripulada como prevenção de sua utilização para a prática de crimes de tráfico de drogas.

Além disso, a Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei Federal nº. 9034 de 03 de maio de 1995) também é citada como exemplo de norma que tem por substrato o Direito Penal do Inimigo.

Aliás, toda a legislação de guerra, que encontra fundamento constitucional (artigo 84, XIX), permitindo até pena de morte (artigo 5º, XLVII, “a”), também é considerada como norma de exceção, com tratamento de inimigo e não de cidadão.

Segundo Rogério Greco (2005, p. 24), “o chamado Direito Penal do Inimigo encontra-se hoje, naquilo que se reconhece como a *terceira velocidade do Direito Penal*.”

Esclarece Silva Sanchez o que seriam as duas primeiras velocidades do Direito Penal:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção (2002, p. 148).

Por fim, Rogério Greco complementa seu raciocínio afirmando que

Embora ainda com certa resistência, tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo como uma *terceira velocidade*. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade) (2005, p. 24/25).

Em que pese a elaborada conceituação teórica desenvolvida pelo catedrático alemão, há enorme resistência na doutrina brasileira acerca de sua adoção, diante da ausência de definição precisa do que pode ser entendido como *inimigo do Estado*, bem como em razão do afastamento de princípios penais amparados constitucionalmente, em especial do princípio da culpabilidade (em que se pune o fato praticado e não a condição do autor).

2.6 A ausência de uma política criminal brasileira definida

O legislador brasileiro ainda não definiu sua política criminal em matéria de Direito Penal.

A base constitucional do modelo de atuação penal aponta para um Direito Penal Mínimo, de proteção de bens jurídicos, na medida em que faz a previsão de diversos princípios e garantias fundamentais.

Tal situação decorre, também, da origem da própria Lei Maior, uma vez que foi concebida com a intenção clara de romper um período histórico de regime ditatorial.

Procurou-se, então, assegurar o máximo possível os direitos e garantias individuais, colocando-os como fundamentais e inalteráveis, fulcrados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que a sociedade de hoje não é a mesma de ontem e nem será a de amanhã. Hoje se vive uma sociedade dita *globalizada*, com expansão crescente dos meios de comunicação e de transporte, em conjunto com um alarmante índice de desigualdade social.

A criminalidade dessa sociedade usa telefone celular de última geração, anda em veículos novos e comete delitos usando de meios eletrônicos. Aumentaram alarmantemente os delitos praticados por organizações criminosas, que possuem muitas vezes em seus quadros integrantes dos poderes constituídos, isso quando não contam com agentes policiais.

Os maiores danos sociais são causados pela corrupção e pelos desvios de dinheiro público, gerando prejuízos incalculáveis para o Estado. Ganham relevância os crimes econômicos e ambientais, diante da constatação de suas consequências para o meio social.

Já não se busca prender o *punguista*, exímio em subtrair a carteira da vítima, de modo sub-reptício quando esta se deslocava no bonde. Hoje se busca descobrir quem é o *hacker* que “pega” para si milhões de dólares que estavam depositados em algum banco do mundo, usando um *notebook*.

Faz algum tempo que os *ladrões* usam armas de fogo de grosso calibre, senão metralhadoras, a fim de assegurar a eficácia de suas ações intimidadoras.

A violência empregada nos crimes também é diversa nos dias hodiernos e o que causava clamor social hoje é digerido em doses diárias pelos telespectadores, a ponto de banalizar a noção da gravidade das condutas.

Nisso as drogas tiveram um efeito fundamental. A sociedade atual vive uma epidemia de vício em drogas e o Estado já não consegue mais deter o seu comércio e seu consumo. Os dependentes de substâncias psicotrópicas praticam crimes extremamente violentos no afã de conseguir recursos para sustentar seus consumos diários de crack, cocaína ou maconha.

Somente quando a situação envolve alguém considerado famoso, ou é de uma brutalidade atroz, com repercussão midiática, é que o assunto volta à tona e se discute, ainda que por poucos minutos, a crescente onda de violência.

E as penas privativas de liberdade não cumprem, efetivamente, a finalidade de recuperação e ressocialização dos condenados, restringindo-se ao seu papel principal de retribuição pelo mal praticado, sem conseguir devolver à sociedade uma pessoa socialmente adaptada.

Pelo contrário, quando não ensina a violência nos presídios, solta no meio social alguém estigmatizado que deve comprovar ocupação lítica em trinta dias, sob pena de voltar ao cárcere.

Vê-se, pois, que os problemas criminais, hoje, são complexos. Por mais que políticos apresentem índices de diminuição de crimes, o fato é que a sociedade vive atemorizada, com uma sensação de insegurança jamais vista.

As belas casas com jardins na frente foram substituídas por apartamentos com câmeras por todos os lados, ou por casas em condomínios fechados.

Neste contexto, o legislador vive influxos de uma sociedade moderna e complexa, com muitos recursos tecnológicos, mas atemorizada com os delitos cada vez mais frequentes.

O Direito Penal, assim, vive o dilema de intervir em todos os casos, incriminando uma grande quantidade de condutas, mesmo ciente de suas dificuldades, ou de se limitar em incriminar o mínimo possível de condutas, que atinjam os bens jurídicos mais importantes, deixando a cargo dos demais ramos do Direito a proteção dos demais bens jurídicos.

Inegavelmente que a inclusão de novos crimes com o rótulo de hediondos (Leis 8930/94, 9677/98 e 12015/2009), por exemplo, demonstra um legislador filiado ao Direito Penal Máximo, ou seja, com a intenção de resolver todas as mazelas da sociedade através da punição penal.

Por outro lado, a despenalização de algumas infrações (porte de drogas para uso próprio, por exemplo) e a revogação de outros crimes (adultério, rapto e sedução, por exemplo) apontam para um legislador que procura restringir o campo de atuação do Direito Penal apenas às infrações mais graves (Direito Penal Mínimo).

Assim, vê-se claramente que o Poder Legislativo Brasileiro, nessa sociedade complexa e multifacetada, ainda não adotou claramente uma linha ideológica em matéria penal.

CAPÍTULO 3 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS

3.1 Antecedentes históricos – a origem da Lei de Improbidade

O estudo histórico da legislação brasileira demonstra que houve uma evolução acentuada na tipificação dos atos de improbidade administrativa.

No aspecto constitucional, verifica-se que a Constituição de 1824 previa a irresponsabilidade do Imperador (art. 99), embora estatuísse que os Ministros de Estado seriam responsabilizados “por peita, suborno ou concussão, abuso de poder, pela falta de observância da lei, ou por qualquer dissipação dos bens públicos” (art. 133).

Todas as outras Constituições Federais já passaram a prever a responsabilidade do Chefe de Estado por infrações à probidade da administração pública (Constituições de 1891 – art. 54, 6º; 1934 – art. 57, f; 1937 – art. 85, d; 1946 – art. 89, V; 1967 – art. 84, V; 1969 – art. 82, V; e 1988 – art. 85, V).

No tocante aos agentes públicos em geral, foi a Constituição Federal de 1946 que inicialmente previu que “lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (art. 141, § 31, 2ª parte).

A Constituição de 1967 resumiu-se a estabelecer que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública” (art. 150, § 11, 2ª parte).

Em seguida, a Emenda Constitucional de 1969 estabelecia que a lei “disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta” (art. 153, § 11, 2ª parte).

Veja-se, então, que as Constituições até então restringiam os atos de improbidade às hipóteses em que havia *enriquecimento ilícito* ou então *dano ao erário público*.

Já a Constituição Federal de 1988 dispôs que “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” (art. 37, § 4º), sem estabelecer quais seriam as hipóteses que caracterizariam improbidade administrativa.

Ou seja, a Constituição Federal em vigor estabelece quais são as sanções para os atos de improbidade administrativa, deixando a cargo da legislação infraconstitucional a definição de quais atos serão considerados de improbidade administrativa.

3.1.1 A Lei Federal nº. 3.164/57

No aspecto infraconstitucional, aponta-se que a primeira Lei Federal que cuidou dos atos de improbidade administrativa foi a de nº. 3.164/57, denominada Lei Pitombo-Godói Ilha.

Referida Lei foi editada para regulamentar o artigo 141, § 31, 2ª parte, da Constituição Federal de 1946, e estabelecia em seu artigo 1º que ficavam “sujeitos a sequestro e a sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido”.

A Lei não descrevia o que seria entendido por *influência ou abuso de cargo ou função pública*, o que evidentemente diminuiu ou tornou quase nula a sua aplicabilidade prática.

No entanto, resta claro que tal diploma normativo cuidava apenas da modalidade de improbidade administrativa decorrente do enriquecimento ilícito, ou seja, da situação em que alguém adquiria para si bens sob influência ou abuso do cargo ou função pública ocupados.

Não havia qualquer menção à perda de bens em razão de prejuízos causados ao erário ou em razão de violação a princípios administrativos.

Também não havia qualquer norma de natureza penal, com previsão de crimes para a prática de atos de improbidade administrativa.

Por outro lado, destaca-se que a Lei nº. 3.164/57 instituiu o registro obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado dos ocupantes de cargos públicos (artigo 3º), o que hoje ainda é exigido (não por força dessa Lei, evidentemente), como forma de controle do enriquecimento dos agentes públicos em geral.

Além disso, o artigo 1º, § 1º, previa que “as medidas prescritas nesse artigo serão decretadas no Juízo Cível, observadas as disposições da lei processual”, o que já demonstrava a natureza das normas que regulavam os atos de improbidade administrativa, na época, ou seja, normas de direito civil e não penal.

Registra-se, por fim, de importante, que a mencionada Lei Federal nº 3.164/57 também estabelecia que o processo decorrente dos atos de enriquecimento ilícito nela previstos seriam promovidos “por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo” (artigo 1º, § 2º), legitimando, desde então, o *parquet* para a tutela do patrimônio público.

3.1.2 A Lei Federal nº 3.502/58

Visando a regulamentar o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função, foi editada e publicada a Lei Federal nº 3.502, datada de 21 de dezembro de 1958, e que era denominada de Lei Bilac Pinto.

O artigo 2º da mencionada Lei estabelecia que constituíam casos de enriquecimento ilícito as seguintes hipóteses:

“a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos;

b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito;

c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;

d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;

e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; e

f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.”

O artigo 3º da mencionada Lei estabelecia que constituía enriquecimento ilícito qualquer dos fatos mencionados na letras *c* e *e* do artigo 2º acima transcritos, quando praticado por quem, em razão de influência política, funcional ou pessoal, intervenha junto às pessoas indicadas no artigo 1º e seus parágrafos para delas obter a prática de algum dos atos funcionais citados em favor de terceiro.

Já o artigo 4º, parágrafo único, estabelecia que igualmente seria considerado enriquecimento ilícito o que resultasse de:

“a) tolerância ou autorização ou ordem verbal, escrita ou tácita, para a exploração de jogos de azar ou de lenocínio;

b) declaração falsa em medição de serviços de construção de estradas ou de obras públicas, executados pelo Poder Público ou por tarefeiros empreiteiros, subempreiteiros ou concessionários;

c) declaração falsa sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadorias ou bens entregues a serviço público, autarquia, sociedade de economia mista, fundação instituída pelo Poder Público, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que receba e aplique contribuições para fiscais ou de qualquer deles recebidas.”

Como se vê, a referida Lei especificou uma série de atos que seriam considerados como casos de enriquecimento ilícito.

Além disso, estabeleceu que qualquer ente público direto ou indireto poderia ingressar com ação judicial para pleitear o sequestro e a perda dos bens (artigo 5º), cujo rito seria o previsto no Código de Processo Civil.

Destaca-se que o artigo 4º, *caput*, da mencionada Lei estabelecia que “o enriquecimento ilícito definido nos termos desta Lei equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais em vigor”.

Assim, restava claro que a Lei Federal nº. 3.502/58 tinha natureza jurídica de norma cível, deixando a cargo das leis penais a punição pelos atos que causassem enriquecimento ilícito.

Por outro lado, a mencionada Lei exigia para a caracterização do ato de enriquecimento ilícito a prova de determinadas circunstâncias.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 2º da mesma Lei estabelecia que:

“Para a caracterização do enriquecimento ilícito, previsto nas letras *a*, *b*, *c*, *d*, *e* e *f* deste artigo, deverá ser feita a prova de que o responsável pela doação (letra *b*) ou o beneficiário (letras *a*, *c*, *d*, *e* e *f*) está incluído entre as pessoas indicadas no art. 1º e seus parágrafos e ainda:

1) no caso da letra *b*, a de que o doador tem interesse político ou de outra natureza que direta ou indiretamente, possa ser ou haja sido beneficiado pelo seu ato;

2) nos casos das letras *c*, *d* e *e*, a de que o doador (letra *c*), o adquirente (letra *d*) ou o alienante (letra *e*) tem interesse que possa ser atingido ou que tenha sido amparado por despacho, decisão, voto, sentença, deliberação, nomeação, contrato, informação, laudo

pericial, medição, declaração, parecer, licença, concessão, tolerância, autorização ou ordem de qualquer natureza, verbal, escrita ou tácita, do beneficiário.”

Neste quadro, se por um lado a Lei Bilac Pinto tinha o mérito de especificar casos de enriquecimento ilícito, por outro impunha a necessidade de se provar o interesse, ainda que político, que pudesse ser beneficiado com o ato, tornando mais difícil a responsabilização dos agentes públicos.

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior vaticinam que:

O fato de não contemplar o enriquecimento sem causa e as dificuldades que estipula para a caracterização do enriquecimento ilícito tornaram a Lei Bilac Pinto diploma de rara incidência. Talvez as suas impropriedades, incertezas e lacunas sirvam para explicar, em parte, a grande onda de corrupção e impunidade disseminada no país no período de sua vigência. De qualquer forma, foi um passo inicial, embora isquêmico, no caminho do combate aos pecados administrativos que proporcionam o enriquecimento indevido (1999, p. 33).

É evidente que deve ser levado em conta o aspecto histórico de nossa sociedade, as mudanças políticas ocorridas, com a passagem para uma ditadura e o retorno a um regime democrático, aliado a outros fatores sociais de nossa formação, em conjunto com as causas apontadas pelos autores acima citados, para se compreender, ainda que em parte, os motivos da impunidade no que toca aos atos de improbidade administrativa no período anterior ao da Lei Federal nº. 8.429/92.

O fato é que existia uma cultura de impunidade, com uma crença generalizada de que a Lei somente se aplicava aos pobres, sendo necessária a edição de uma Lei para punir os chamados criminosos do “colarinho branco”, ou seja, que usavam terno e gravata.

Neste contexto, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, regulamentando seu artigo 37, § 4º, foi editada a Lei Federal nº. 8.429/92.

3.1.3 A Lei Federal nº. 8.429/92

A atual Lei de Improbidade Administrativa é originária de anteprojeto remetido pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho ao Presidente da República Fernando Collor de Mello.

Continha no projeto original apenas treze artigos que dispunham exclusivamente sobre os casos de enriquecimento ilícito.

O projeto foi encaminhado em agosto de 1991 e recebeu centenas de emendas dos Deputados Federais.

Em razão disso, o projeto foi ampliado no Congresso Nacional para abranger outros casos de improbidade administrativa que não somente o enriquecimento ilícito.

Registre-se que o projeto original continha normas que regulavam a ação penal nos casos de enriquecimento ilícito, que foram retiradas no processo Legislativo, numa demonstração clara de que o Congresso não pretendeu fazer uma regulamentação penal dos casos de improbidade administrativa, na época.

O projeto de Lei com as emendas foi encaminhado ao Senado Federal, que acabou por aprovar uma emenda substitutiva e a devolver o projeto nº. 1446/91 à Câmara, do modo como determinava o art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal.

Em seguida, a Câmara dos Deputados concluiu o processo de votação do projeto de Lei, remetendo-o à sanção do Presidente da República.

Parte da doutrina sustentava que teria ocorrido vício formal no procedimento legislativo por entender que o Senado Federal teria rejeitado o projeto de lei enviado pela Câmara dos Deputados e oferecido um novo projeto de Lei que fora então remetido à Câmara dos Deputados. Como a Câmara dos Deputados não devolveu o projeto ao Senado, teria sido desrespeitado o procedimento bicameral previsto na Constituição.

Tal entendimento é equivocado porque na verdade o Senado apenas cumpriu sua função revisora do projeto, devolvendo o projeto à Câmara para finalizar a análise da norma.

O oferecimento de emenda substitutiva não significa rejeitar o projeto de Lei.

A questão foi colocada ao Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta de inconstitucionalidade formal da Lei (ADI nº. 2.182-DF), resultando no julgamento de improcedência, consoante ementa abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a

circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (BRASIL, 2010).

Superada, portanto a questão da inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa, resta a análise de seus dispositivos.

A Lei de Improbidade Administrativa é composta de vinte e cinco artigos que foram divididos em oito capítulos, assim denominados: Capítulo I – Das Disposições Gerais (arts. 1º a 8º); Capítulo II – Dos Atos de Improbidade Administrativa (arts. 9º a 11); Capítulo III – Das Penas (art. 12); Capítulo IV – Da Declaração de Bens (art. 13); Capítulo V – Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial (arts. 14 a 18); Capítulo VI – Das Disposições Penais (arts. 19 a 22); Capítulo VII – Da Prescrição (art. 23); Capítulo VIII – Das Disposições Finais (arts. 24 e 25).

Os atos de improbidade definidos no Capítulo II são divididos em três seções, a saber: Seção I – Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (art. 9º); Seção II – Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (art. 10); e Seção III – Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam contra os Princípios da Administração Pública (art. 11).

Como se vê, a Lei de Improbidade Administrativa é norma muito mais complexa e elaborada que as Leis anteriores (Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto), contendo não só a definição dos atos considerados de improbidade administrativa como também normas processuais e administrativas relativas aos atos de improbidade.

No presente momento, torna-se importante a análise dos atos definidos como de improbidade administrativa pela referida Lei e das consequências advindas da prática de algum desses atos.

3.2 Espécies de atos de improbidade administrativa

De acordo com a Lei 8.429/92, os atos de improbidade administrativa são divididos em três espécies: atos que causam enriquecimento ilícito; atos que causam prejuízo ao erário, e atos que violem os princípios administrativos.

Os atos que causam enriquecimento ilícito estão previstos todos no artigo 9º da Lei, os atos que causam prejuízo ao erário estão elencados no artigo 10 e os atos que afrontam os princípios administrativos estão enumerados no artigo 11 da Lei de Improbidade.

3.2.1 Dos atos que causam enriquecimento ilícito

Estabelece o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa as hipóteses de atos que causam enriquecimento ilícito².

Como se vê, a Lei de Improbidade Administrativa definiu a forma genérica dos atos de improbidade administrativa que causam enriquecimento ilícito no *caput* do artigo 9º e, nos seus doze incisos, especificou hipóteses do ato.

Note-se que a doutrina é pacífica em afirmar que a enumeração prevista nos incisos do artigo 9º é meramente exemplificativa, não esgotando as hipóteses dos atos que causam enriquecimento ilícito e consideradas de improbidade administrativa.

Nesse sentido Sérgio Turra Sobrane:

² Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

O legislador cuidou de descrever os atos de improbidade na suas respectivas categorias. Essa definição, contudo, não deve ser considerada como a *tipificação* próprio do Direito Penal, não tendo cabimento a exigência de aplicação do princípio da reserva legal.

Por ser inviável a especificação de todas as condutas que pudessem ensejar a prática de atos de improbidade administrativa, o legislador adotou a técnica de formular uma descrição genérica no *caput* de cada um dos artigos (9º, 10 e 11) e, depois, desdobrou algumas condutas nos respectivos incisos, a título meramente exemplificativo (2010, p. 36/37).

Do mesmo modo se manifestam Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, dizendo que

O art. 9º envolve 12 diferentes hipóteses de atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito. Não é rol taxativo, o que fica claro pela utilização, no *caput*, do advérbio *notadamente* para enunciar a dúzia de incisos exemplificativos do enunciado (1999, p. 62).

Assim, a conduta será considerada como um caso de improbidade administrativa ainda que o enriquecimento ilícito não se afigure como uma das hipóteses previstas em algum dos incisos do artigo 9º da Lei 8.429/92.

Existindo obtenção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade administrativa, o agente público está sujeito às sanções pelo ato de improbidade administrativa.

De se destacar que todas as hipóteses previstas no artigo 9º da Lei são *dolosas*, ou seja, reclamam do sujeito ativo a consciência e a vontade de dirigir sua conduta para a obtenção de vantagem ilícita patrimonial em razão do exercício ímprobo do cargo, mandato, função, emprego ou atividade administrativa.

Não se tratam, portanto, de condutas culposas, que causam enriquecimento do agente em razão de negligência, imprudência ou imperícia.

O agente deve querer auferir vantagem indevida em razão do exercício público.

Trata-se, em verdade, da forma mais gravosa e deletéria dos atos de improbidade administrativa, pois transformam o exercício da função pública em meio para que o agente se corrompa, auferindo vantagem indevida.

Torna-se comum, em casos dessa natureza, que a conduta do ímprobo também seja considerada uma infração penal, nas modalidades de peculato (artigo 312 do Código Penal), de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), ou outras.

Nas hipóteses de receber (incisos I, V, VI e X), perceber (incisos II, III e IX) ou aceitar (V e VIII) a vantagem indevida, existirá ilicitude bilateral, ou seja, a terceira pessoa que entregar, pagar ou prometer a vantagem ao ocupante do cargo, mandato, função ou emprego público, responderá também pela prática do ato de improbidade administrativa.

Dependendo do caso, o terceiro poderá também responder pela prática do delito de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal).

A prova da existência do ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito não é simples, nem fácil, especialmente porque os agentes que praticam essas condutas normalmente tomam cautelas para esconder o proveito econômico obtido em razão do exercício da função pública.

São conhecidos de todos os casos em que o agente ímprobo transforma a vantagem ilícita obtida em imóveis registrados em nomes de terceiros (denominados “laranjas”), ou em gado que supostamente teria sido produzido em suas fazendas, ou em produção agrícola, ou em aplicações em fundos de investimentos, ou em ações de empresas, ou qualquer outra forma que se consiga imaginar para tentar encobrir a origem espúria do bem.

De qualquer forma, comprovada a existência de vantagem patrimonial indevida obtida pelo agente em razão do exercício de cargo, mandato, emprego, função ou atividade administrativa, o sujeito deverá responder pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º da Lei 8.429/92.

Se a hipótese se amoldar perfeitamente em algum dos incisos do mencionado artigo, a conduta deverá assim ser descrita, mas, se o caso caracterizar enriquecimento ilícito diverso das previsões elencadas nos seus doze incisos, a ação deverá ser enquadrada no *caput* do artigo 9º da Lei de Improbidade.

3.2.2 Dos atos que causam prejuízo ao erário

Os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário estão previstos no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa³.

³ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Inicialmente, convém destacar que *erário* e *patrimônio público* têm conceitos diversos. *Erário* diz respeito ao aspecto econômico-financeiro, ao fisco, ao tesouro, enquanto que *patrimônio público* é noção mais abrangente e engloba também os aspectos estéticos, históricos, turísticos e artísticos, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.429/92, artigo 1º, § 2º, da Lei Federal nº. 4.717/65, e artigo 1º, III, da Lei Federal nº. 7.347/85.

Nesse contexto, importante observar que o artigo 10 da Lei de Improbidade visa a sancionar os atos que causam prejuízo ao *erário*, ou seja, visa a proteger os órgãos administrativos que fazem movimentação econômico-financeira.

Da leitura atenta do mencionado artigo de lei, observa-se que a Lei de Improbidade definiu de forma genérica o que pode ser entendido como ato que causa prejuízo ao *erário* no *caput* do artigo 10 e depois enumerou hipóteses dessa ocorrência nos incisos a ele vinculados.

Com isso, conclui-se que as hipóteses previstas nos incisos do artigo 10 não são taxativas, mas meramente exemplificativas.

Assim, se a conduta se amoldar a algum dos incisos do artigo 10, os atos deverão ser tipificados no exato dispositivo da Lei, em razão da especialidade da norma, mas, se os atos

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

causarem prejuízo ao erário em situação diversa das enunciadas nos incisos, o ato de improbidade administrativa deverá ser tipificado como se subsumindo à norma do *caput* do artigo 10 da Lei 8.429/92.

Por outro lado, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário podem ser *dolosos* ou *culposos*, como o *caput* do artigo 10 da mencionada Lei Federal deixa claro.

Neste aspecto, a doutrina questiona a possibilidade de se punirem por ato de improbidade administrativa, condutas meramente *culposas*.

Assim sintetiza Sérgio Turra Sobrane:

Repise-se que parte da doutrina não concebe a possibilidade de ato de improbidade culposo, entendendo-o inconstitucional e questionável por envolver o ato de improbidade a noção de desonestidade, que pressupõe conduta consciente e dolosa. Por outro lado, admite-se sua ocorrência por meio de comportamento derivado do conceito civilístico de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), como também se entende que a culpa em sentido estrito não tipifica ato de improbidade, sendo necessária também a conduta ilegal (2010, p. 53).

Respeitando os raciocínios diversos e remetendo a análise mais acentuada da celeuma para um tópico específico, mais adiante, há que se entender que a vontade do legislador é punir por improbidade as condutas ilícitas, dolosas ou culposas, que causam prejuízo ao erário.

A responsabilização será decorrente dos atos dolosos ou culposos que causem prejuízo ao erário, independentemente de causar enriquecimento ilícito de terceira pessoa, seja ela agente público ou não.

Consoante esclarecem Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior,

Em todas as espécies do art. 10, o agente público realiza condutas que ensejam o enriquecimento indevido de terceiro, pessoa física ou jurídica. Não é preocupação do legislador, neste dispositivo, o eventual proveito obtido pelo agente público, direta ou indiretamente, mas tão-somente seu agir ou não agir em benefício de outrem, contra o erário. E da subversão da atividade funcional que trata, quer dizer, do agente público que, inobservando o dever de zelar e proteger o erário, assiste ou colaborar para que terceiro se beneficie, a dano dos cofres públicos (1999, p. 79).

Bem por isso que, em algumas situações, a legislação faz uma presunção de lesividade ao patrimônio público na prática de determinadas condutas, como ocorre com as hipóteses previstas nos incisos do artigo 10 da Lei de Improbidade, ou no artigo 4º da Lei 4.717/65.

Com efeito, como ensina Wallace Paiva Martins Júnior:

A Lei Federal n. 4.717/65 também arrola hipóteses de atos lesivos ao patrimônio público (art. 4º), alguns dos quais, coerentemente, referidos nos incisos do art. 10. A interpretação sistemática conduz à evidência de que os incisos do art. 10 da Lei Federal n. 8.429/92 refletem hipóteses de lesividade presumida, assim como os casos elencados nos incisos do art. 4º da Lei Federal n. 4.717/65, ao passo que situações não arroladas no rol meramente exemplificativo do art. 10 submetem-se ao seu *caput*, reclamando prova da perda patrimonial (2009, p. 251).

Nesses casos, praticando o agente público uma das condutas previstas nas normas referidas, há presunção de lesão ao patrimônio público, cabendo a ele demonstrar que tal fato não ocorreu, ou seja, que o erário não sofreu desfalque com sua conduta, como conclui o acima citado autor:

Em suma, nos casos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, assim como nos casos do art. 4º da Lei n. 4.717/65, há presunção de lesividade, competindo ao agente público a prova da regular aplicação do dinheiro público em face da ausência de formalidades no empenho e verbas públicas (2009, p. 251/252).

Não se trata, evidentemente, de inversão de ônus de prova, mas sim de presunção de lesividade em razão da conduta praticada pelo agente.

Em qualquer caso, seja em razão de conduta descrita no *caput*, seja em razão de conduta que se amolda a uma das hipóteses dos incisos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, existindo ato que causa prejuízo ao erário em razão de conduta ilegal dolosa ou culposa do agente, o agente deverá receber as sanções previstas no artigo 12, II, da Lei de Improbidade.

3.2.3. Dos atos que atentam os princípios da administração pública

É no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa que estão elencados os atos que atentam contra os princípios da administração pública⁴.

As hipóteses previstas no artigo 11 da Lei de Improbidade somente serão aplicadas se o fato não se enquadrar nos casos do artigo 9 ou do artigo 10 da mesma Lei. Funciona, então, o artigo 11, como verdadeiro soldado de reserva, para as situações em que o fato não gerar enriquecimento ilícito do agente público e nem prejuízo ao erário.

Quanto ao *caput* do artigo 11, há que se dizer que as hipóteses ali aventadas, como acontece com os artigos 9 e 10, são exemplificativas, ou seja, os princípios aventados no *caput* na verdade não são taxativos, até porque os princípios administrativos explícitos estão previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, incluindo-se outros não previstos no *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade.

Então, desde o início convém anotar que os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições não constituem os únicos deveres que o agente público deve observar sob pena de praticar ato de improbidade administrativa.

O próprio artigo 37, *caput*, da Carta Magna já assenta que “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:”.

Como se vê, a própria Constituição Federal já elenca os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como indispensáveis à atuação dos agentes públicos.

Além disso, existem outros princípios implícitos nas normas constitucionais que também devem ser atendidos pelo agente público, sob pena de o ato não ser válido.

Como ensina Wallace Paiva Martins Júnior:

⁴ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
 II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
 III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
 IV - negar publicidade aos atos oficiais;
 V - frustrar a licitude de concurso público;
 VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
 VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

O art. 11 é a grande novidade do sistema repressivo da improbidade administrativa, dirigido contra o comportamento omissivo ou comissivo violador dos princípios que regem a Administração Pública e dos deveres impostos aos agentes públicos em geral, arrolados exemplificativamente (honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade), e aos quais é lícito acrescer finalidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, boa-fé etc., enfim, tudo o que componha para as noções de moralidade e probidade administrativa (2009, p. 279).

Ademais, o próprio artigo 4º da Lei de Improbidade já faz alusão a outros princípios administrativos que não aqueles previstos no artigo 11, *caput*, da mesma Lei.

Observa-se, então, que tanto os princípios enumerados no *caput* do artigo 11 como as hipóteses previstas nos incisos do mesmo artigo são meramente exemplificativas, podendo haver improbidade em outros casos de violação a princípios administrativos diferentes dos ali indicados.

Por outro lado, a maioria da doutrina entende que os atos violadores dos princípios administrativos devem ser dolosos, não se admitindo sua configuração na modalidade culposa.

É essa a lição de Sérgio Turra Sobrane:

A doutrina não é unânime quanto à exigência do dolo para a caracterização dos atos descritos no artigo 11, *caput*, e incisos da Lei nº. 8.429/92. Filiam-se à corrente que entende pela necessidade do elemento subjetivo doloso Francisco Octavio de Almeida Prado, Cláudio Ari Mello, Marcelo Figueiredo, Aristides Junqueira Alvarenga e José Armando da Costa. De outro lado, Wallace Paiva Martins Júnior advoga ser possível a configuração culposa dos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11 da Lei nº. 8.429/92, entendendo que a norma “preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente”, punindo as condutas praticadas dolosamente, assim como as decorrentes de culpa grave (2010, p. 77).

Acrescente-se aos que defendem a necessidade de conduta dolosa para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da referida Lei Federal nº. 8.429/92 os doutrinadores Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1999, p. 124), Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 370) e Emerson Garcia (2006, p. 282).

Por outro lado, considerando que as condutas punidas pelo artigo 11 são decorrentes da violação de princípios administrativos, como o da legalidade, a doutrina e a jurisprudência exigem, ainda, que a conduta demonstre um componente mínimo de imoralidade e má-fé, a fim de se evitar a punição de meras irregularidades administrativas, que acabam, evidentemente, desrespeitando o princípio da legalidade.

Neste sentido, a lição de Waldo Fazzio Júnior:

É necessário que se adote muita cautela na compreensão das regras do art. 11 da LIA. Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé que arranha princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo ditadas, eventualmente, pelo despreparo intelectual e pela ausência de habilidade do prefeito, se examinadas à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contêm tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais do Chefe do Executivo municipal podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo de ímprobo (2003, p. 179/180).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.
2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.
3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.
4. *In casu*, evidencia-se que os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao Município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade *strictu senso*, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes

municipais e a lesividade ao erário. A conduta fática não configura a improbidade.

5. É que comprovou-se nos autos que os recorrentes, agentes políticos da Prefeitura de Diadema, agiram de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhandava a solucionar um problema iminente de saúde pública gerado por contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarreia na população carente e que o estado de calamidade pública dispensa a prática de formalidades licitatórias que venha a colocar em risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços, ante o retardamento da prestação necessária.

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

7. É de sabença que a alienação da *res publica* reclama, em regra, licitação, à luz do sistema de imposições legais que condicionam e delimitam a atuação daqueles que lidam com o patrimônio e com o interesse públicos. Todavia, o art. 17, I, "b", da lei 8.666/93 dispensa a licitação para a alienação de bens da Administração Pública, quando exsurge o interesse público e desde que haja valoração da oportunidade e conveniência, conceitos estes inerentes ao mérito administrativo, insindicável, portanto, pelo Judiciário.

8. *In casu*, raciocínio diverso esbarraria no art. 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: "A saúde é considerada dever do Estado, o qual deverá garanti-la através do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas ou pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.", dispositivo que recebeu como influxo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da promoção do bem comum e erradicação de desigualdades e do direito à vida (art. 5º, caput), cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem.

9. A atuação do Ministério Público, *pro populo*, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

10. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé.

11. Recursos especiais providos.

(BRASIL, 2004).

Nesse quadro doutrinário e jurisprudencial, chega-se à conclusão segura de que as hipóteses elencadas nos incisos do artigo 11 da Lei Federal nº. 8.429/92 não são taxativas, mas sim exemplificativas e reclamam atuação dolosa e imoral, a fim de configurar verdadeiros casos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

3.3.3 Efeitos dos atos de improbidade administrativa

Comprovando-se a prática de algum ato de improbidade administrativa, a Lei Federal nº. 8.429/92 estabelece em seu artigo 12 as cominações (sanções) para os responsáveis pelo ato⁵.

Vê-se, pois, que as sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa são: *perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente; ressarcimento do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; proibição de contratar com o Poder Público; e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.*

A redação original do artigo 12 da Lei de Improbidade dava a entender que as sanções seriam aplicadas cumulativamente.⁶

Tal interpretação restou superada diante da alteração da redação do artigo 12 da Lei de Improbidade pela Lei Federal nº. 12.120 de 2009, que acrescentou a expressão final do *caput* do artigo 12 para nele constar que as sanções *podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.*

Assim, hoje resta pacificado que as sanções previstas pela Lei de Improbidade podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, em atenção à gravidade do fato.

A alteração, sobretudo, teve por finalidade privilegiar o princípio da proporcionalidade, permitindo que situações mais graves recebessem punições mais severas e até cumulativas e que sanções menos graves recebessem reprimendas menos graves, podendo ser até de uma só espécie, como enfatizado por Mauro Roberto Gomes de Mattos:

⁵ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 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 oito a dez anos, pagamento de multa civil de até 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 dez anos;

II - na hipótese do art. 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 cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até 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 cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até 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 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.

⁶ Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações.

A redação dada pela lei nº. 12.120/2009 ao artigo 12 da Lei em comento, apesar de não configurar verdadeira inovação, consagrou de forma efetiva o que já vinha previsto em seu parágrafo único: a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (2010, p. 438).

De qualquer modo, verificada a prática de ato de improbidade administrativa, deverá o magistrado aplicar ao agente uma ou mais sanções previstas nos incisos do artigo 12 da Lei 8.429/92, de forma fundamentada, de forma razoável, observando a extensão do dano causado e o proveito patrimonial auferido pelo responsável.

As sanções previstas na Lei de Improbidade são eminentemente de natureza civil, não sendo consideradas sanções penais, uma vez que estas somente podem ser aplicadas em razão da prática de crimes.

E é a insuficiência das sanções civis mais um fator que justifica a necessidade da criminalização dos atos de improbidade administrativa.

3.4 A natureza civil ou penal da Lei de Improbidade

O artigo 19 da Lei de Improbidade Administrativa prevê:

Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.
Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

A definição do que se entende por crime é fornecida pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei Federal nº. 3.914, de 9 de dezembro de 1941), nos seguintes termos:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Assim, observa-se que somente o artigo 19 da Lei de Improbidade Administrativa prevê como punição a previsão de pena privativa de liberdade.

Os artigos 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade preveem unicamente as sanções estabelecidas pelo artigo 12 da mesma Lei, entre os quais não há previsão de privação de liberdade.

Demais disto, a Lei de Improbidade expressa em seus dispositivos que as sanções ali previstas são independentes das sanções penais previstas em Leis específicas (vide artigo 12, *caput*, por exemplo).

Conclui-se, pois, com segurança, que a Lei de Improbidade Administrativa possui natureza civil e não penal.

Neste sentido, a doutrina de Emerson Garcia:

A normatização básica dos atos de improbidade está contida na Lei nº. 8.429/92, cujas sanções têm natureza eminentemente cível. Com isto, afasta-se qualquer mácula de inconstitucionalidade que poderia recair sobre essa lei, pois afastada está sua natureza administrativa (2006, p. 185).

Bem como a jurisprudência:

CRIMINAL. HC. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO DE NATUREZA CIVIL. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

Em ação de improbidade administrativa, o writ constitui-se em meio impróprio para a análise da alegação de ausência de intimação dos acusados e de seus defensores para apresentação das alegações finais.

As sanções previstas na ação de improbidade administrativa possuem caráter civil, uma vez que as penas previstas são as de perda dos bens, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar ou receber benefícios do Poder Público.

Caracterizada a impropriedade da via eleita, nos termos da previsão constitucional, que institucionalizou o habeas corpus como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Precedentes.

Ordem não conhecida.

(BRASIL, 2006) – sem grifo no original.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREFEITO MUNICIPAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL.

SANÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. LEI Nº 8.429/92. COMPETÊNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

Os atos de improbidade administrativa definidas nos arts. 9, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, acarretam a imposição de sanções previstas no art. 12, do mesmo diploma legal, às quais são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

Tais sanções, embora não tenham natureza penal, revelam-se de suma gravidade, pois importam em perda de bens e de função pública, ou em pagamento de multa e suspensão de direitos políticos, todos aplicados no âmbito de uma ação civil.

O debate sobre o Juízo competente para processar e julgar ações civis propostas contra prefeitos acusados da prática de atos de improbidade administrativa envolve a exegese de preceito constitucional, em face da regra inscrita no art. 29, VIII, da Carta Magna, que instituiu em favor dos mesmos prerrogativa de foro, situando-se a questão, por conseguinte, fora do campo de projeção do recurso especial.

Recurso especial não conhecido.

(BRASIL, 1999) – sem grifo no original.

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANOS CAUSADOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PREFEITO E OUTROS ENVOLVIDOS. LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL FOI CONFERIDO EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO REGIMENTAL, INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DENEGADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

A matéria discutida no recurso especial está devidamente prequestionada no acórdão recorrido, em que se discutiu tema exclusivamente de direito, qual seja, a adequação da via processual eleita para o provimento judicial liminar requerido.

O término do mandato de réu que ocupa o cargo de Prefeito Municipal não torna o recurso prejudicado, visto que, embora não seja necessária a restauração da liminar para afastá-lo do seu cargo, está em discussão também o afastamento dos demais agentes públicos e da decretação da indisponibilidade dos bens de todos os réus.

A ação em que se examina ato de improbidade administrativa não tem caráter penal.

O posicionamento adotado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco está completamente dissociado do conteúdo da lei, da jurisprudência e da doutrina sobre o tema, visto que é permitida a propositura de ação civil pública, com pedido de liminar, para a proteção do patrimônio público, com base na Lei de Improbidade Administrativa, ainda que um dos réus seja agente político.

Conquanto seja viável, embora discutível, o entendimento de que o Tribunal de Justiça é o juiz natural de qualquer feito proposto contra Prefeito, nos termos do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, cessado o mandato, cessa a prerrogativa de foro.

Recurso especial provido.

(BRASIL, 2002) – sem grifo no original.

Neste quadro, conclui-se com segurança que as normas definidoras dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, previstas na Lei Federal nº. 8.429/92, possuem natureza civil, consoante consolidado entendimento doutrinário e jurisprudencial.

CAPÍTULO 4 – A NECESSIDADE DA TUTELA PENAL DA IMPROBIDADE

4.1 Necessidade e conveniência da criminalização

A realidade atual brasileira demonstra que, muito embora tenha ocorrido um avanço histórico e social na noção do cuidado com a coisa pública, ainda está longe do ideal ou do aceitável a quantidade de casos de corrupção administrativa e de aviltamento aos princípios constitucionais administrativos, à custa de prejuízo ao erário.

Houve melhoras, é verdade, se considerada a história do Brasil. No passado não muito distante, era inconcebível imaginar que agentes políticos ocupantes de altos cargos públicos poderiam perder seus cargos em razão de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa.

As mencionadas Leis nº 3.164/57 e nº 3.502/58, embriões da atual Lei de Improbidade Administrativa, conquanto estivessem imbuídas de perspectiva de proteção do patrimônio público e punição dos atos de enriquecimento ilícito, não tiveram a efetividade desejada, sendo inoperantes, de fato, para determinados agentes políticos que exerciam cargos públicos do alto escalão dos Poderes instituídos.

A melhoria nos padrões de combate à corrupção administrativa ocorreu em razão de um conjunto de fatores, podendo ser destacado o processo de amadurecimento cultural brasileiro, que foi capaz de ir às ruas na década de 90 para exigir o *impeachment* de um Presidente da República, por exemplo.

A estrutura constitucional dada ao Ministério Público, com garantias de inamovibilidade e independência funcional, em conjunto com a edição de normas que permitiam a investigação dos fatos (mediante inquéritos civis) e a instrumentalização das ações judiciais (especialmente por meio da Lei de Ação Civil Pública e a Lei de Improbidade Administrativa) com certeza também se mostraram essenciais para o melhor combate aos atos de improbidade administrativa.

Indispensável se mencionar o papel fiscalizador e identificador dos atos de desrespeito aos princípios administrativos que é exercido pela imprensa, em todas as suas formas (jornais, revistas, televisão, internet, etc.).

Essas circunstâncias (evolução cultural do povo, atuação do Ministério Público e imprensa livre), sem prejuízo de outras, evidentemente contribuíram para a investigação e a punição por improbidade administrativa de inúmeros agentes públicos, de todas as esferas de Poder.

A par dessa melhora no sistema de investigação e combate à corrupção administrativa, a verdade é que os agentes públicos apenas se aperfeiçoaram mais e continuaram a praticar atos de dilapidação do patrimônio.

Diuturnamente os órgãos de imprensa noticiam casos e casos de improbidade administrativa, fazendo com que a população comece a se anestesiar com a capacidade das pessoas em violar os princípios morais e éticos de boa-fé e de respeito à coisa pública.

A noção viva na sociedade é que muitos ocupantes de cargos públicos, especialmente os eleitos, ainda têm uma idéia de que a administração pública existe para os servir e não para servir ao povo. Os bens públicos seriam dos eleitos e não dos eleitores, numa visão distorcida de democracia.

Pessoas são contratadas apenas porque são amigas dos eleitos (isso quando os eleitos não ficam com parte dos salários destas pessoas); verbas públicas destinadas a indenizar despesas ao exercício dos cargos (as chamadas verbas de gabinete) são apropriadas; licitações são direcionadas para favorecer determinadas empresas (isso quando não são previamente combinadas); realizam-se obras públicas por preços superfaturados com a combinação de repartir os lucros; desviam-se verbas públicas visando a propinas para aprovar projetos de interesse do executivo (os chamadas “mensalões”) etc.

As hipóteses acima mencionadas são apenas uma ínfima lembrança dos casos recentes divulgados na mídia de atos claros de improbidade administrativa que ocorreram no Brasil e que demonstram, por si sós, que o combate à corrupção administrativa ainda tem muito que melhorar para proteção do bem público.

A corrupção administrativa e o desvio de recursos públicos têm sido apontados como causas do desaparecimento de milhões de reais que poderiam ser usados em obras e serviços públicos indutores dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da promoção da dignidade da pessoa humana.

Segundo dados constantes do periódico Plural, Boletim Informativo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (2010, p. 14), a “corrupção tem um custo médio anual para o Brasil entre R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões.”.

Já a revista *Veja*, edição nº. 2240, de 26 de outubro de 2011, afirma que o desvio de verbas é maior ainda:

Nos últimos dez anos, segundo estimativas da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), foram desviados dos cofres brasileiros 720 bilhões de reais. No mesmo período, a Controladoria-Geral da União fez

auditorias em 15000 contratos da União com estados, municípios e ONGs, tendo encontrado irregularidades em 80% deles. Nesses contratos, a CGU flagrou desvios de 7 bilhões de reais – ou seja, a cada 100 reais roubados apenas 1 é descoberto. Desses 7 bilhões de reais, o governo conseguiu recuperar pouco mais de 500 milhões de reais. O que equivale a 7 centavos revistos para cada 100 reais roubados. Uma pedra de gelo na ponta de um iceberg. Com o dinheiro que escoia a cada ano para a corrupção, que corresponde a 2,3% de todas as riquezas produzidas no país, seria possível erradicar a miséria, elevar a renda per capita em 443 reais e reduzir a taxa de juros.

O jornal Folha de São Paulo, edição de 04 de setembro de 2011, por sua vez, publicou reportagem de título *Corrupção faz Brasil perder uma Bolívia*, afirmando que, em sete anos, de 2002 a 2008, foram desviados dos cofres públicos pelo menos o valor equivalente à economia da Bolívia. De acordo com a reportagem:

Cálculo feito a partir de informações de órgãos públicos de controle mostra que R\$ 40 bilhões foram perdidos com a corrupção no período - média de R\$ 6 bilhões por ano, dinheiro que deixou de ser aplicado na provisão de serviços públicos. Com esse volume de recursos seria possível elevar em 23% o número de famílias beneficiadas pelo Bolsa Família – naquela época em quase 13 milhões. Ou ainda reduzir à metade o número de casas sem saneamento - no total, cerca de 25 milhões de moradias. A estimativa, feita pelo economista da Fundação Getulio Vargas Marcos Fernandes da Silva, contabiliza apenas os desvios com recursos federais, incluindo os recursos repassados às unidades da federação. Durante seis meses, o economista reuniu dados de investigações da CGU (Controladoria-Geral da União), Polícia Federal e TCU (Tribunal de Contas da União). São resultados de inspeções em gastos e repasses federais para manter serviços de saúde, educação e segurança pública, por exemplo.

Resta evidente que a corrupção administrativa e o desvio de dinheiro público diminuem profundamente as condições do Estado de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Roberto Podval e Beatriz Dias Rizzo (2006, p. 385) afirmam que a “corrupção tem elevado custo social, na medida em que a falta de transparência e de estabilidade no funcionamento da vida político-econômica afetam comprometedoramente a própria efetividade dos direitos individuais e coletivos fundamentais”.

Percebe-se, com clareza, nos dias atuais, que quanto maior é o índice de corrupção, menores serão as políticas públicas voltadas aos direitos sociais e menor será o índice de desenvolvimento humano do País.

Considerando-se que a corrupção e o desvio de recursos públicos são espécies de atos de improbidade administrativa, que é o gênero, sustenta-se que a probidade administrativa é fomentadora de políticas públicas que asseguram os direitos fundamentais e que a improbidade administrativa é conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a criminalização dos atos de improbidade administrativa, no Brasil, se torna uma necessidade para contribuir para o melhor combate aos atos de corrupção administrativa, bem como para a punição severa dos agentes públicos que desrespeitam os princípios constitucionais administrativos.

A previsão de um crime pode irradiar nas pessoas temor de que a prática de determinado ato possa gerar a punição severa do Direito Penal, em especial com a possibilidade de prisão. É o efeito de prevenção geral das normas penais.

A efetiva prisão de uma pessoa que praticou ato de improbidade administrativa contribui para demonstrar para as demais que a consequência para o fato é severa, o mais grave possível no sistema constitucional.

Não se pretende, com isso, superlotar cadeias. Não é isso. Mas a punição rigorosa e rápida de alguns casos seria fator importante para a disseminação de uma nova cultura de respeito às normas e princípios administrativos.

O fato é que hoje a sensação que se tem é que “o crime compensa” para os corruptos, diante da ausência de efetiva punição.

Como afirma Elder Lisboa Ferreira da Costa:

Destarte, se fizermos uma relação entre a especial condição dos agentes da criminalidade econômica, que em sua esmagadora maioria é primária, com bons antecedentes, e as benesses que o sistema brasileiro oferta, tais como o *sursis* processual, a possibilidade de recorrer em liberdade, a transação penal, entre tantos outros, chega-se à conclusão de que as penas hoje disciplinadas tornam-se inócuas. Isto é, não consistem na justa retribuição ao agente de tal criminalidade; não confortam a sociedade em face da magnitude dos danos que essas condutas geram e, finalmente, não previnem de forma geral o cometimento de tais delitos (2006, p. 351).

Por outro turno, o Direito Penal, numa visão garantista e atual, é considerado a última fronteira do Estado na busca de punição dos atos violadores do sistema constitucional. Somente quando outros sistemas (administrativos, civis, trabalhistas, eleitorais, por exemplo)

não se mostraram suficientes é que o Direito Penal deve ser chamado para demonstrar a necessidade de punição de alguma conduta.

É sem sombra de dúvidas que o sistema atual não se mostrou suficiente para o arrefecimento dos atos de corrupção administrativa, de dilapidação do erário público, de aviltamento dos princípios constitucionais administrativos.

Além disso, o Direito Penal deve buscar a proteção dos bens jurídicos mais importantes para o Estado, levando-se em conta sua fonte constitucional.

Assim, conclui-se ser necessária a elaboração de normas jurídicas de caráter penal para proteção da probidade administrativa, visando não só punir os atos, mas, acima de tudo, desencorajar a prática deles, por meio do aspecto de prevenção geral da norma penal.

Num contexto de proteção de bens jurídicos constitucionais, o Direito Penal deve buscar prevenir e reprimir condutas especialmente lesivas dos valores mais importantes, motivo pelo qual a probidade administrativa deve ser amplamente amparada pelo ordenamento criminal.

Como afirmam Roberto Podval e Beatriz Dias Rizzo (2006, p. 394), “na perspectiva do Direito Penal de proteção às lesões mais graves a bens jurídicos fundamentais, os fatos de corrupção têm posição de destaque”.

De fato, os atos de improbidade administrativa são carregados de “grande desvalor, de alta reprovabilidade social e, por isto, maior culpabilidade”, nas palavras de Podval e Rizzo (2006, p. 394).

É nesse quadro que o princípio da probidade administrativa, previsto expressamente na Constituição Federal, se mostra como essencial para o fortalecimento e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Chega-se, pois, à conclusão de que mais mortes causa um agente público que desvia milhares de reais do sistema de saúde municipal do que um indivíduo que efetua disparos de arma de fogo em um local público.

Consoante dados coletados na Revista Plural nº 43, ano 7, em que se destacava o I Congresso do Patrimônio Público de São Paulo,

Estudos revelam que o dinheiro público desviado em apenas um ano seria suficiente para elevar dos atuais 34 milhões para 51 milhões o número de alunos matriculados na rede pública de ensino. Na saúde, seria possível dobrar o número de leitos hospitalares do SUS em apenas um ano. “Cada R\$ 50 mil desviados do erário representam a morte de uma criança”, afirmou a

Procuradora de Justiça Eloisa de Sousa Arruda, diretora da Escola Superior do Ministério Público (2010, p. 15).

Aqueles que desviam verbas públicas destinadas a obras e serviços públicos, de forma direta (não indireta) levam ao desamparo, à dor e à própria humilhação inúmeras pessoas, que são levadas à condição de miserabilidade, de renegação da própria noção de dignidade humana.

O combate à improbidade administrativa visa, portanto, ao fortalecimento da própria noção de cidadania, de república e de democracia. Permite a efetivação do princípio da dignidade humana. Serve, em última análise, como afirmação do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, vê-se pela imprensa que em outros países (Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo), mais avançados culturalmente, os atos de improbidade administrativa são punidos com rigor, fazendo com que se eleve o padrão de cuidado e respeito com a coisa pública, bem como se diminua a incidência de atos de ofensa aos princípios administrativos e, por consequência, se fortalece a própria noção de democracia e de república.

Podval e Rizzo (2006, p. 389) afirmam que “os países menos corruptos na realidade são os que têm maior índice de desenvolvimento humano”.

Assim, a transformação em crimes na prática de atos de improbidade administrativa se mostra necessária para a proteção do princípio constitucional da probidade administrativa, numa visão moderna do Direito Penal, como forma de aperfeiçoamento do Estado Democrático e Constitucional de Direito Brasileiro.

4.2 Alguns casos de atos de improbidade que precisam se transformar em crimes

Evidentemente que algumas condutas previstas nos incisos dos artigos 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa caracterizam hipóteses de crimes já previstos no Código Penal ou mesmo em legislação penal extravagante.

Se o agente público recebe dinheiro para praticar um ato administrativo em favor de terceiro, que caracteriza a hipótese prevista no artigo 9º, I, da Lei de Improbidade Administrativa, tal agente também responderá pela prática do crime de corrupção passiva previsto no artigo 317 do Código Penal.

Do mesmo modo, se o agente incorporar ao seu patrimônio rendas públicas (artigo 9º, XI, da Lei de Improbidade Administrativa), responderá pelo crime de peculato, previsto no artigo 312 do Código Penal. Sendo o agente público Prefeito Municipal que se apropria de bens públicos, haverá o delito do artigo 1º, I, do Decreto-lei 201 de 1967.

No entanto, diversas hipóteses previstas especificamente na Lei de Improbidade Administrativa não possuem correspondentes crimes definidos em Leis Específicas, ou mesmo no Código Penal, o que gera a ausência de responsabilização penal.

Cita-se como exemplo a hipótese de enriquecimento ilícito prevista do inciso VII do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa:

“Adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.”

Nesse caso, haverá improbidade administrativa na situação do agente público que consegue obter um patrimônio incompatível com o subsídio recebido do Poder Público.

Infelizmente, não raras vezes se constata que uma pessoa tinha um patrimônio pequeno e depois de exercer um mandato, cargo, emprego ou função pública, acaba por aparecer com um patrimônio dezenas de vezes superior, inclusive, a todos os rendimentos auferidos pelo agente durante o desempenho da atividade pública.

Em tais situações, então, a Lei de Improbidade considera que haveria enriquecimento ilícito na aquisição de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional com a evolução patrimonial ou a renda do agente público.

E tanto faz a aquisição de bens ser para si ou para outrem, ou seja, tanto faz que o agente público compre bens colocando-os em seu nome ou mesmo se colocar em nome de parentes ou amigos (comumente chamados de laranjas).

Imprescindível é que a aquisição seja feita pelo agente público ou por quem desempenhou atividade pública.

Como lembra Marcelo Figueiredo:

A norma – como, de resto, toda a lei – quer a preservação e a defesa do patrimônio público. Desse modo, o agente ou terceiro pode e deve ser processado e punido *mesmo que não mais integre a Administração Pública*,

até porque é muito comum que o agente ímprobo aguarde um período de tempo para somente então adquirir bens com os recursos desviados (sentido amplo) do erário (2004, p. 97).

A fim de tentar fiscalizar o enriquecimento ilícito do agente, há previsão legal de que os agentes públicos devem apresentar anualmente declaração de seus bens e valores, nos termos do artigo 13 da Lei de Improbidade Administrativa.

Existindo, portanto, aquisição de bens e valores incompatíveis com os rendimentos, o agente público irá responder por ato de improbidade administrativa.

Ocorre que, nessa hipótese, mesmo comprovada a situação de enriquecimento ilícito, não há previsão de crime, seja no Código Penal, seja em legislação penal extravagante.

E trata-se de um caso comum que choca a opinião pública, mas que termina por não apresentar uma punição severa e compatível com a gravidade da conduta.

O legislador pátrio parece ter percebido esse vácuo normativo, tanto assim que a Comissão de Juristas do Senado Federal, encarregada de apresentar proposta de novo Código Penal, incluiu entre os delitos a previsão do crime na hipótese de enriquecimento ilícito de servidores públicos, sejam modestos funcionários, políticos, dirigentes de empresas e órgãos públicos ou juízes, conforme noticia Gaudêncio Torquato (2012, p. 2).

Outro caso que necessita de criminalização é a hipótese prevista no inciso IV do artigo 9 da Lei de Improbidade Administrativa:

“utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.”

Nesse caso, haverá enriquecimento ilícito na utilização de bens ou servidores públicos para finalidades particulares do agente público. São as patrimonializações dos bens e serviços públicos.

Lamentavelmente alguns agentes públicos tomam os serviços e bens públicos como se fossem seus, particulares, esquecendo-se que aqueles pertencem a todos e a eles devem ser destinados.

Note-se a precisa lição de Wallace Paiva Martins Júnior:

O agente público deve servir à Administração Pública e não servir-se dela, obtendo ou fornecendo vantagens a partir da utilização de bens e serviços públicos, dispondo da coisa pública como se fosse do seu acervo particular. O Estado organiza e presta serviços, adquire e utiliza bens, visando ao interesse da coletividade e não à satisfação dos interesses do agente público. Não obstante, o fato mais prosaico é justamente a negação dessa parêmia, pois os agentes públicos têm o péssimo costume de utilizar-se da máquina oficial para os mais diversos escopos distanciados da finalidade estabelecida (p. 234/235).

No caso vertente, o ato de improbidade existirá na utilização de máquinas, veículos, equipamentos ou material de qualquer natureza, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados, em obra ou serviço particular do agente público.

Haverá o ato de improbidade, por exemplo, na utilização do veículo oficial para levar agente público para fazer compras particulares; na utilização do telefone da repartição pública para ligações de exclusiva finalidade particular; na realização de serviço pelos servidores públicos em obras privadas do agente público etc.

Registre-se que o uso de bem público para finalidades particulares, para ser regular e lícito, depende de prévia autorização de uso, permissão, cessão ou concessão de uso, conforme o caso, nos termos do que estabelece a Lei de Licitações.

Ocorre que a utilização de bens, rendas ou serviços públicos para fins particulares caracteriza o crime de responsabilidade se o agente público for prefeito ou vereador, nos termos do artigo 1º, II, do Decreto-Lei 201/67.

Fora essas hipóteses, a jurisprudência entende que não são puníveis criminalmente os chamados “furtos de uso” e os “peculatos de uso”, hipóteses em que o sujeito não tem intenção de assenhoreamento da coisa, desejando apenas usá-la por algum tempo.

Julio Fabbrini Mirabete esclarece, no entanto, que somente quando se tratar de coisa apropriada infungível é que não haverá responsabilização penal pelo crime de peculato:

Não prevê a lei penal o denominado peculato de uso (*RF* 225/333; *RT* 541/342, 796/716). Para falar-se, porém, em peculato de uso impunível é necessário que se trate de coisa infungível (*RT* 383/71, 438/366, 491/293), pois a utilização de dinheiro público, ainda que ocorra a intenção de restituir, configura o crime de peculato (*RT* 366/65, 499/426, 533/314-5, 537/302). Como bem assinala Fragoso, ainda que sem o *animus rem sibi habendi*, a

punibilidade subsiste, pois se trata inequivocamente de um desvio (2004, v. III, p. 304).

Do mesmo modo a utilização de mão-de-obra pública para finalidades particulares não é punida criminalmente, conforme jurisprudência citada por Alberto Silva Franco:

Peculato é a apropriação ou desvio, em proveito próprio ou alheio, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que o funcionário tem a posse em razão de seu cargo. Coisa muito diversa é o uso de mão-de-obra ou de serviços da Administração Pública, conduta não abrangida pelo disposto no art. 312, ou em seu § 1º do CP (TJSP – HC – Rel. Djalma Lofrano - RT 506/326-327) (1997, p. 3572).

Assim, excluída a responsabilização penal no caso de prefeitos e vereadores, no caso de outros agentes públicos usarem serviços públicos para finalidades particulares, responderão apenas pela prática do ato de improbidade administrativa, mas não serão processados criminalmente.

Outra hipótese de ato de improbidade administrativa prevista na Lei Federal nº 8.429/92 que precisa ser transformada em crime, é aquela definida no inciso V do artigo 11 da mencionada Lei:

“Frustrar a licitude de concurso público.”

Concurso, na técnica do direito administrativo, segundo De Plácido e Silva (2010, p. 332), significa o “*processo de seleção*, posto em prática por uma pessoa ou pela autoridade pública, a fim de escolher candidatos de um trabalho ou ao exercício de um cargo”.

A finalidade do concurso é o de proporcionar a seleção dos melhores, conforme sequência classificatória, dentro do contingente de concorrentes habilitados.

Em razão de norma constitucional (artigo 37, II) os cargos públicos devem ser providos mediante concursos públicos de provas ou de provas e títulos, com a intenção de assegurar a plena acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas.

No fundo, a exigência do concurso público é forma de afirmação do princípio da igualdade ou isonomia.

Excepcionalmente, a própria Constituição estabelece que o acesso ao cargo público pode ser feito sem concurso, nos cargos em comissão e nas funções de confiança (art. 37, II), bem como nas contratações por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).

Fora as hipóteses de exceção, o provimento de cargo público sem a realização do concurso público constitui em ato nulo, nos termos do artigo 4º, I, da Lei de Ação Popular (Lei Federal nº. 4.717/65). Nesse caso, o agente responsável pelo provimento nulo responderá por improbidade administrativa na forma do artigo 11, *caput*, da Lei Federal nº. 8.429/92.

Por outro lado, haverá frustração a licitude do concurso público quando a autoridade responsável desrespeitar o procedimento administrativo de seleção, seja restringindo a competitividade dos participantes, seja violando a publicidade do concurso, seja de qualquer modo gerando desigualdade de tratamento entre os concorrentes.

Mauro Roberto Gomes de Mattos cita exemplos de frustração da licitude de concurso público:

Manobras dolosas, como eliminação do candidato em exame médico, físico, psicotécnico ou outras, com vontade de prejudicar o mais bem colocado no certame para que o candidato menos habilitado possa ser investido na função pública, sem que haja causa legal, configuram ato de improbidade administrativa, pois a competição fica frustrada pela conduta ilegal do agente público (2010, p. 410).

Dessa forma, se houver frustração da regularidade do concurso público, haverá prática de ato de improbidade administrativa. No entanto, na hipótese em foco, não há previsão legislativa de crime para a conduta do agente público.

Além disso, não raras vezes o administrador público efetua a contratação pessoal e direta de determinadas pessoas sem observância do necessário concurso público.

Muito além de frustrar a licitude do concurso, em muitos casos são feitas contratações sem qualquer procedimento seletivo público, visando, muitas vezes, a prestigiar parentes e correligionários políticos ou amigos pessoais.

Considerando a necessidade de preservação do princípio da igualdade de acesso aos cargos públicos, bem como porque não mais se admite pela sociedade fraudes em concursos e

provimentos de apadrinhados políticos em desrespeito à exigência de concurso público, convém que sejam transformadas em crimes as condutas violadoras de tais situações.

As hipóteses acima, por óbvio, são apenas alguns exemplos de atos de improbidade administrativa que merecem ser transformados em crimes, tanto pela gravidade das condutas como pelos resultados danosos produzidos.

4.3 A criminalização de condutas que atingem bens coletivos

A doutrina penal contemporânea tem voltado seus olhos para a proteção dos bens jurídicos coletivos.

Segundo a doutrina portuguesa, o Direito Penal pode ser dividido entre um Direito Penal clássico, que protege bens jurídicos individuais, e um Direito Penal administrativo, por ela chamado de *Direito Penal secundário*, que busca tutelar bens jurídicos difusos, coletivos, imateriais, como o meio ambiente, a economia, a informática ou a probidade administrativa.

Segundo esclarece Jorge de Figueiredo Dias (2006, p. 27), o Direito Penal secundário “é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo.”

Ordenações de carácter administrativo, ou bens administrativos, esclarece Figueiredo Dias, são bens jurídicos imateriais e sem portadores individuais:

O Direito Penal administrativo é o fruto da necessidade de que, para preservação da ordem jurídica, se erijam certos bens imateriais e sem portadores individuais – os “bens administrativos”, que até então haviam apenas integrado um genérico “bem-comum” – em *bens jurídicos secundários*, destinados a servir de protecção antecipada dos bens jurídicos primários, defendidos pelo Direito Penal de justiça e ancorados em portadores individuais (2006, p. 38).

O Direito Penal secundário, então, difere do chamado *Direito Penal primário (ou de justiça)*. Segundo este posicionamento, o *Direito Penal primário* visa essencialmente a proteger o ser humano no aspecto de seus direitos pessoais, ao passo que o *Direito Penal secundário* tutela o ser humano no aspecto de seus direitos sociais, coletivos, difusos. Nesse sentido o ensinamento de Figueiredo Dias:

A distinção relativa entre Direito Penal clássico e secundário – ou entre Direito Penal de justiça e Direito Penal administrativo – vai pois buscar a sua legitimação última à dupla função desempenhada pela personalidade do homem no contexto material do Estado de Direito: surgindo embora sempre como concreto e socializado, o homem realiza a sua personalidade na dupla esfera da sua actuação pessoal e da sua actuação comunitária, sem que uma se sobreponha à outra no seu relevo ou na sua validade originária; à protecção daquela se dirige o Direito Penal clássico (e, só neste sentido, “primário”), à protecção desta o Direito Penal administrativo (*hoc sensu*, “secundário”) (2006, p. 50).

A necessidade de se voltar os olhos para o Direito Penal secundário decorre da próprio evolução da sociedade e da interpretação do que se entende por Estado democrático e social de Direito.

De fato, a sociedade de hoje é diferente da sociedade de décadas passadas. O incremento de práticas comerciais globalizadas, o surgimento e incremento da internet, a hipermobilidade, entre outros fenômenos sociais, estão fazendo com que os parâmetros sociais mudem. Neste contexto, necessário que o Direito Penal também evolua para que possa representar a proteção dos valores mais importantes para a sociedade que o legitima.

Segundo Felipe Deodato,

“Vive-se hoje a realidade de um Direito Penal secundário, que atende a uma viragem de eixo histórico, de quando sai o homem de uma percepção meramente individualista e passa a ter por si uma visão multifacetária ou de grupo. Uma visão difusa em que prevalecem não só os direitos personalíssimos, mas também os direitos ligados ao bem-estar” (2006, p. 152).

Fábio Freitas Dias (2006, p. 114), por sua vez, lembra que “o Direito Penal de uma sociedade secularizada e plural não se deixa influenciar por apegos religiosos, ideológicos, metafísicos ou moralistas; só está legitimado a intervir para cumprir sua missão: proteger os bens fundamentais do homem e da sociedade”.

Cristaliza-se a noção de que os danos difusos, direta e indiretamente, afetam as condições de vida em sociedade e, portanto, a dignidade da pessoa humana.

O dano ambiental causado em um determinado País pode afetar diretamente a saúde e a economia de diversas outras nações do planeta. O dano coletivo pode gerar consequências mais graves que os danos individuais.

É necessário, então, que haja uma rigorosa proteção dos direitos sociais e coletivos mais importantes, num contexto garantista de Direito Penal Mínimo, como forma subsidiária de proteção dos bens jurídicos imprescindíveis para a sociedade atual e futura.

Neste sentido, a lição de Jorge de Figueiredo Dias:

Direito Penal secundário. Problema conhecido desde há poucas décadas, a verdade é que ele ganha um relevo acrescido e mesmo até há pouco insuspeito à luz da condição actual da sociedade global. De uma condição que, de uma forma nova e por vezes dramática, suscita o confronto (mas também a necessidade de diálogo) entre o paradigma clássico do Direito Penal – virado para uma tutela subsidiária de bens jurídicos eminentemente individuais – e um novo paradigma funcionalista – legitimamente preocupado com as condições de eficiência e de viabilidade dos sistemas de protecção coletiva. Será certamente no domínio do chamado Direito Penal “secundário”, não no do Direito Penal “primário”, que nos tempos próximos se ganhará ou perderá a batalha em favor de um Direito Penal, que certamente todos desejamos, que possa continuar a proteger os valores intrínsecos da pessoa como indivíduo, mas que ao mesmo tempo não minimize, pelo contrário, os interesses fundamentais da pessoa como ser social e, deste modo, as exigências de subsistência da comunidade global em que se integra (2006, p. 06).

Neste contexto, a proteção dos direitos sociais, coletivos e difusos representa a proteção direta da dignidade da pessoa humana.

Com espeque nessa linha doutrinária é que se sustenta que a probidade administrativa é um bem jurídico difuso, previsto expressamente na Constituição Federal Brasileira de 1988, que necessita da proteção do Direito Penal para assegurar o desenvolvimento social e, por via de consequência natural, das potencialidades da pessoa humana.

4.4 Crimes de improbidade administrativa e Direito Penal Mínimo

O chamado Direito Penal Mínimo é uma concepção ideológica fundada no caráter subsidiário do Direito Penal, entendendo que somente os bens jurídicos mais importantes para a sociedade poderão ser protegidos pelo Direito Penal.

Já o princípio da subsidiariedade, também conhecido por *princípio da intervenção mínima*, significa que apenas nas situações em que outros campos do direito não consigam a proteção do bem jurídico é que o Direito Penal deve ser chamado para a salvaguarda do valor subjacente.

Nesse sentido, a lição de Alberto Silva Franco:

Já o princípio da subsidiariedade põe em destaque o fato de que o Direito Penal não é o único controle social dotado de recursos coativos, embora seja o que disponha, nessa matéria, dos instrumentos mais enérgicos e traumáticos. A gravidade intrínseca desse instrumental, posto à disposição do Direito Penal, recomenda, no entanto, que só se faça dele uso quando não tenham tido êxito os meios coativos menos gravosos, de natureza não penal (2000, p. 148).

Se o direito administrativo ou o direito civil, por exemplo, forem suficientes para regular as questões relativas a certas condutas, não haveria necessidade de previsão de crimes como forma de prevenir e reprimir as ações.

Mas a verdade é que o direito administrativo e as normas penais existentes não foram suficientes para impedir ou diminuir os atos de improbidade administrativa.

E é justamente nisso que a criminalização dos atos de improbidade administrativa representa um reconhecimento de um Direito Penal Mínimo.

Não se está defendendo a criminalização de todos os bens jurídicos previstos na Constituição, nem de um valor qualquer.

O fato é que os atos de improbidade administrativa, entre os quais a corrupção administrativa (espécie de improbidade) se destaca, são responsáveis por desvios de bilhões de reais anualmente no Brasil, que poderiam e deveriam ser usados para finalidades públicas, de incremento de políticas públicas e, por conseguinte, de desenvolvimento social.

Entende-se, então, que o bem jurídico “probidade administrativa” é um bem jurídico “imprescindível” para a sociedade atual brasileira.

Reconhece-se, pois, que existem crimes e contravenções penais no ordenamento jurídico brasileiro atual que poderiam e deveriam deixar de existir, ser revogados formalmente, numa visão minimalista do Direito Penal. No entanto, não é objeto do presente trabalho a identificação de bens “menos importantes” e dos “crimes que precisam ser revogados”.

O que se sustenta é que a improbidade administrativa é um bem jurídico “mais importante” que tantos outros tutelados pelo Direito Penal brasileiro.

É nesse sentido que afirma Felipe Deodato (2006, p. 150/151) que “foi-se o tempo das contravenções penais. O tempo presente é o tempo dos crimes econômicos, de perigo abstrato e do ambiente”.

A criminalização de condutas que afetam interesses coletivos, difusos, como ocorre com os atos de corrupção, que atingem a probidade administrativa, é uma necessidade de um Direito Penal contemporâneo e, portanto, de acordo com o Direito Penal Mínimo.

Não se pode imaginar que os crimes e as contravenções penais criados na década de 40 do século passado possam representar todos os valores reputados imprescindíveis para a sociedade atual. É necessária uma revisão do Direito Penal à luz da realidade atual.

Bettiol, *apud* Prado (2011, p. 105), afirma que o “bem jurídico está intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e, portanto, assume significado diverso e conteúdo diverso com a mudança do tempo e do ambiente”.

Com efeito, há que se reconhecer que o mundo mudou e com ele os valores sociais imprescindíveis para a sociedade.

Um Direito Penal que se pretende justo tem que voltar seus olhos para os atos de corrupção, para os atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido se manifestam Roberto Podval e Beatriz Dias Rizzo:

Tomar consciência de que a prática de crimes não é um atributo de classes sociais mais desfavorecidas impõe o dever de realizar um modelo de justiça criminal mais igualitária e menos classista. Na perspectiva do Direito Penal de proteção às lesões mais graves a bens jurídicos fundamentais, os fatos de corrupção têm posição de destaque (2006, p. 394).

No contexto atual do entendimento acerca dos direitos humanos, com fundamento na dignidade da pessoa humana, exige-se uma reformulação minimalista do que é imprescindível para a sociedade.

Luiz Regis Prado destaca que a teoria garantista serve de instrumento para assegurar os direitos fundamentais do homem e da sociedade:

A teoria do garantismo visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado democrático de Direito – democracia substancial e não apenas formal – fundamentado no homem e na sociedade, servindo a estes como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais. Dessa feita, sua influência no sistema jurídico-penal daquele ordenamento implica elaborações de toda ordem (material, processual, principiológica, institucional etc.) (2010, p. 115).

E num *Estado democrático e social de Direito*, o Direito Penal somente será considerado legítimo, sob a ótica constitucional, quando socialmente imprescindível para assegurar as condições de vida e o desenvolvimento da personalidade humana no meio social, respeitando-se os postulados da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto é que se afirma, com segurança, que a criminalização dos atos de improbidade administrativa representa uma visão garantista *integral* ou *concreta*, resguardando o Direito Penal para a proteção subsidiária dos bens jurídicos constitucionais mais importantes para assegurar o desenvolvimento, numa sociedade fundamentada no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4.5 A improbidade de bagatela

Dentro dessa linha de raciocínio, torna-se importante considerar que nem todos os atos que se subsumem às hipóteses previstas nos artigos 9, 10 e 11 da Lei Federal nº. 8.429/92 deverão ser punidos como atos de improbidade administrativa.

Isso porque podem-se imaginar situações em que o ato formalmente se adéqua a um dos casos tipificados como de improbidade, mas materialmente não são capazes de ofender o bem jurídico protegido, no caso, a probidade administrativa.

Nessas situações, deve ser aplicada a doutrina do chamado *princípio da insignificância* ou *princípio da bagatela*.

Cezar Roberto Bitencourt bem define o princípio da insignificância no âmbito penal:

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *mínima non curat praetor*.

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio da bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir a

drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (2004, v. 1, p. 19).

Assim, em situações de mínima violação ao bem jurídico protegido, é possível a exclusão da incidência das severas sanções da improbidade administrativa.

Se por um lado a sociedade brasileira necessita de maior rigor na punição dos atos de improbidade administrativa, que não são poucos, torna-se necessário selecionar adequadamente as hipóteses em que de fato se torna imprescindível a punição pela conduta realizada pelo agente público.

Imagine-se a hipótese do Prefeito Municipal que leva para sua residência uma folha de papel em branco com timbre do Município, de valor econômico irrisório, como forma de se lembrar do período em que ocupou o cargo máximo eletivo da municipalidade. Trata-se de caso de apropriação indébita que se subsume ao enriquecimento ilícito (artigo 9 da Lei de Improbidade Administrativa).

No entanto, não se mostra razoável a punição por ato de improbidade quando o fato não tem o condão de ofender materialmente o bem jurídico protegido.

Nesse caso, o fato pode ser repreendido por meio de sanções administrativas (advertência, por exemplo), sem a necessidade de aplicação das sanções da Lei de improbidade.

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, a fim de que a reprimenda seja compatível com a gravidade da conduta realizada.

Neste sentido, a precisa lição de Emerson Garcia:

Uma interpretação literal do texto legal conduziria à conclusão de que um agente público que anotasse um recado de ordem pessoal em uma folha de papel da repartição pública incorreria nas sanções do art. 12, II, da Lei nº. 8.429/92, já que causara prejuízo ao erário. Situação parecida ocorreria com aquele que recebesse um confeito de um particular ou se utilizasse de um grampo da repartição para prender documentos pessoais e levá-los para a sua residência, pois estaria sujeito às sanções do art. 12, I, em virtude do enriquecimento ilícito.

Tais exemplos demonstram, *prima facie*, a flagrante desproporção entre a conduta do agente que viole os princípios norteadores de sua atividade e as conseqüências que adviriam da aplicação indiscriminada da Lei nº. 8.429/92. Em razão disto, afigura-se necessário o estabelecimento de critérios

passíveis de demonstrar a configuração da improbidade administrativa em sua acepção material, evitando-se a realização de uma operação mecânica de subsunção do fato à norma.

À atividade de concreção dos valores previamente prestigiados pelo legislador, *in abstracto*, devem ser opostos limites, isto sob pena de se transmutar uma *legitimidade de direito* em uma *ilegitimidade de fato*. É com este objetivo que deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade na aplicação da Lei nº. 8.429/92. A sua utilização, no entanto, exige que o operador do direito realize uma valoração responsável da situação fática, o que garantirá uma relação harmônica entre os *fins da lei* e os *fins que serão atingidos com a sua aplicação ao caso concreto*. Somente assim será possível dizer que a lei restritiva de direitos fundamentais manteve-se em harmonia com os limites constitucionais, não incursionando nas veredas da despropositada aniquilação desses direitos (2006, p. 104).

Conclui-se, portanto, que as condutas dos agentes públicos de insignificante ofensa ao bem jurídico protegido, no caso, a probidade administrativa, não necessitarão de receber a punição como atos de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça já encampou esse posicionamento, como se vê no julgado abaixo ementado:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO: UNIDADE (ART. 509 DO CPC) - ATO DE IMPROBIDADE - DESFALQUE PATRIMONIAL - LEI 8.429/92.

1. Litisconsórcio facultativo que, pelas circunstâncias fáticas, recomenda unidade de julgamento.
 2. Ingresso dos litisconsortes no feito, em grau de recurso especial interposto por um deles apenas, nos termos do art. 509 do CPC.
 3. Desfalque patrimonial irrelevante para a configuração da improbidade, considerando os valores e o comportamento da sociedade brasileira, pelo potencial ofensivo de baixa agressão à moralidade pública.
 4. Recurso especial provido.
- (BRASIL, 2003).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, por mais de uma vez já decidiu pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em condutas de improbidade administrativa que caracterizavam crimes de responsabilidade previstos no Decreto-Lei 201/67, como se vê:

COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - ATO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Compreende-se, no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal, julgar habeas corpus impetrado contra ato de Tribunal Superior. Justa Causa – Insignificância do ato apontado como delituoso. Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado

como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por município, considerado período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência do concurso público (BRASIL, 1998).

Habeas Corpus. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. 4. Ordem concedida (BRASIL, 2011).

O princípio da insignificância, então, pode ser aplicado à hipótese de improbidade administrativa, como fator excludente da tipicidade material da conduta, desde que observado um juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

4.6 Atos culposos de improbidade

Como já mencionado no tópico relativo aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (item 3.2.2) existe divergência na doutrina sobre a possibilidade de que os atos de improbidade sejam culposos, entendendo alguns que somente os atos dolosos é que ensejariam a responsabilização do autor.

Marcelo Figueiredo assim se manifesta:

Em síntese, imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei há ato de improbidade administrativa, e *tollitur quaestio*. Será crível afirmar-se que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força da lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis etc. etc. etc. Parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indício de erro no percurso exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. A preocupação não meramente acadêmica ou fruto de devaneio intelectual. Ao contrário, o agente que violar o art. 10 sofrerá as consequências do art. 12, I, - aliás, enérgicas, como veremos mais adiante (2004, p. 103).

Entendendo que seria inconstitucional a punição de atos culposos, diz Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Portanto, é preciso verificar se existe indício, nem que seja um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto do agente público, pois não basta a prática de um ato ilegal, tendo em vista que, se for inconsistente, não será caracterizador de uma improbidade administrativa. A expressão *culposa* é inconstitucional, ferindo o que vem estatuído no art. 37, da CF, pois a “gradação da lei” não pode inovar e considerando todo e qualquer ato involuntário ou de boa-fé como de improbidade (2010, p. 269).

Aristides Junqueira Alvarenga considera ser impossível a configuração de desonestidade por mera culpa para concluir ser inconstitucional a punição de atos culposos de improbidade (2001, p. 88/89).

No entanto, com o devido respeito, o raciocínio e a conclusão a que chegam os doutrinadores acima mencionados não merecem acatamento.

Isso porque, segundo a maioria da doutrina, a Constituição Federal não definiu que os atos de improbidade administrativa seriam somente dolosos. De fato isso não está previsto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e nem em qualquer outro dispositivo constitucional.

Também não decorre do texto constitucional a interpretação de que improbidade significa puramente desonestidade, que somente pode ser dolosa.

Como já dito, o princípio da probidade administrativa significa que o agente público deve pautar sua conduta de forma ética, responsável, visando a atingir o bem público.

Nesse contexto, não se verifica qualquer inconstitucionalidade na previsão de atos de improbidade administrativa de forma culposa.

Assim, a maioria da doutrina encampa a possibilidade de os atos definidos no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa serem punidos a título de dolo ou de culpa, como, aliás, é expressamente previsto no *caput* do mencionado dispositivo.

Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior (1999, p. 78) afirmam que “o ato de improbidade administrativa supõe que a conduta lesiva ao erário, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, seja ilegal.”

Wallace Paiva Martins Júnior também defende a possibilidade de punição de atos culposos que causam prejuízo ao erário:

Nas disposições gerais, a lei aludiu ao prejuízo ao patrimônio público no art. 5º, que é disposição de caráter autônomo derivada do art. 159 do Código Civil (com especificidade à Administração Pública), aplicável não apenas exclusivamente nos casos de improbidade administrativa, mas em toda situação que a refletir. Exige-se comportamento doloso ou culposo do agente público, compreendidos esses conceitos, no âmbito civil, como a vontade de causar prejuízo agindo contra a lei e o influxo da negligência, da imprudência e da imperícia no trato dos negócios públicos (2009, p. 248).

Emerson Garcia sentencia que “a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com *dolo* ou com *culpa*” (2006, p. 282) para depois esclarecer que os graus da culpa serão importantes para a escolha das sanções aplicáveis, levando-se em conta um juízo de proporcionalidade:

O art. 10 da Lei nº 8.429/92 não distingue entre os denominados graus da culpa. Assim, quer seja leve, grave ou gravíssima, tal será, em princípio, desinfluyente à configuração da tipologia legal. Situando-se a essência da culpa na previsibilidade do efeito dano, neste elemento haverá de residir o critério de valoração dos graus da culpa.

[...]

Em que pese inexistir previsão normativa expressa, os graus da culpa podem ser úteis por ocasião da verificação do grau de proporcionalidade que deve existir entre ato e sanção, bem como para fins de dosimetria desta (2006, p. 283-284).

Da mesma maneira, prevendo a possibilidade de punição dos atos culposos que causam prejuízo ao erário, também está a lição de Sérgio Turra Sobrane (2010, p. 53).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem reiteradamente decidido que as hipóteses do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa podem ser punidas a título de dolo ou de culpa, como se vê:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATRASO NO RECOLHIMENTO. CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. CONTRIBUIÇÃO DO FUNDO DE SAÚDE. NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela imprescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa.

2. **"As duas Turmas da 1ª Seção já se pronunciaram no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10" (EREsp 479.812/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Seção, DJe 27/9/10).**

3. O aresto impugnado reformou a sentença e entendeu pela não consumação do ato de improbidade do art. 11, II, da Lei 8.429/92 em face da ausência de dolo na conduta (fl. 1.383e). Assim, estando o acórdão recorrido em perfeita consonância com a jurisprudência deste Tribunal, incide, na espécie ora em exame, a Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(BRASIL, 2011) – sem grifo no original.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 10 DA LEI 8.429/1992. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO OU CULPA. RESSARCIMENTO. APLICAÇÃO RAZOÁVEL DA SANÇÃO.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Hipótese em que a Corte de origem consignou que o agravante agiu de forma negligente no exercício de sua função como Presidente da Câmara de Vereadores, por autorizar a liquidação de despesas irregulares (empenhos emitidos em duplicidade).

3. O argumento de que não houve má-fé é irrelevante in casu, porquanto a configuração de ato ímprobo por dano ao Erário pode se dar por culpa, nos termos do art. 10 da Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ.

4. A condenação ao ressarcimento integral do prejuízo e à multa correspondente ao valor do dano foi devidamente motivada e se encontra dentro dos limites do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, aplicada segundo a avaliação razoável do Tribunal a quo.

5. Agravo Regimental não provido.

(BRASIL, 2011) – sem grifo no original.

Nesse quadro, pode-se dizer com segurança que a melhor interpretação que se pode fazer dos diplomas jurídicos em comento é no sentido de que é perfeitamente possível a caracterização como atos de improbidade administrativa dos atos culposos que causam prejuízo ao erário.

Ocorre que, da mesma forma que as hipóteses previstas no artigo 9 e 11, necessariamente dolosas, as hipóteses do artigo 10 devem ser punidas criminalmente, com a finalidade de prevenção e repressão a essa forma de dilapidação do patrimônio público e ofensa ao princípio da probidade administrativa.

Nos delitos culposos busca-se reprimir a conduta negligente (no sentido *lato*) que causou resultado antijurídico, danoso.

Na precisa lição de Mirabete:

Enquanto nos crimes dolosos a vontade está dirigida à realização de resultados objetivos ilícitos, os tipos culposos ocupam-se não com o fim da conduta, mas com as conseqüências anti-sociais que a conduta vai produzir; no crime culposo o que importa não é o fim do agente (que normalmente é lícito), mas o modo e a forma imprópria com que atua. Os tipos culposos proibem, assim, condutas em decorrência da forma de atuar do agente para um fim proposto e não pelo fim em si. O elemento decisivo da ilicitude do fato culposo reside não propriamente no resultado lesivo causado ao agente, mas no *desvalor da ação* que praticou (2004, vol. I, p. 145).

Sem dúvida que a conduta culposa pode acarretar um dano ao erário maior que uma conduta dolosa.

A frustração ou dispensa indevida de um procedimento licitatório, de modo culposo, envolvendo obras ou serviços de milhões de reais pode causar um prejuízo gigantesco ao erário, muito maior que, por exemplo, a apropriação dolosa de um objeto pertencente ao patrimônio público.

Ambos os casos merecem a punição, inclusive de natureza penal, independentemente de que no primeiro caso a conduta tenha sido culposa e no segundo, dolosa.

A natureza do elemento subjetivo (se doloso ou culposo) deverá ser analisada no momento da fixação das sanções, levando-se em conta um juízo de proporcionalidade.

De qualquer modo, não se mostra inconstitucional ou violador de qualquer norma ou princípio vigente, a punição criminal de atos culposos de improbidade administrativa, como se defende.

Muito além do aspecto punitivo, a previsão de penas privativas de liberdade para condutas culposas significam aumentar a prevenção à prática de improbidade administrativa.

4.7 Lei de proteção do patrimônio público?

A criminalização dos atos de improbidade administrativa exige a prévia aprovação de Lei Federal que estabeleça que os atos de improbidade definidos na Lei 8.429/92 serão considerados crimes e sujeitam os infratores a penas privativas de liberdade.

Isso em razão do respeito ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Código Penal.

Tal Lei, quando aprovada, será verdadeira norma de proteção do patrimônio público, da moralidade pública, mais especificamente, da probidade administrativa.

Já existem projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional visando à criminalização dos atos de improbidade administrativa, destacando-se, entre eles, o projeto de lei nº. 5.581, de 2009, do Deputado Federal Fernando Chiarelli.

Tal projeto altera a Lei de Improbidade para acrescentar tipos penais nos artigos 18-A, 18-B e 18-C, estabelecendo que constituirão crimes a prática de qualquer das condutas previstas nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Desde o início vale frisar que o projeto peca pela imprecisão, na medida em que os tipos penais apenas se referem aos incisos dos artigos que preveem os atos de improbidade, sem mencionar a possibilidade de haver crime na prática de conduta que se subsuma às hipóteses previstas no *caput* dos mencionados artigos.

Isso porque, como já dito, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que as hipóteses previstas nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade são meramente exemplificativas, podendo ocorrer outras situações que causem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou ofensa aos princípios administrativos, sem que se “encaixem” em qualquer dos casos definidos nos incisos.

Assim, quando o projeto de lei nº. 5.581, de 2009, estabelece que constitui crime a prática de qualquer das condutas previstas nos incisos do art. 9º, 10 ou 11 da Lei de Improbidade, acaba por se omitir na hipótese do ato de improbidade se enquadrar no *caput* dos mencionados artigos.

Considerando que não é possível a aplicação de analogia em prejuízo do acusado, até mesmo em respeito ao princípio da legalidade penal, tais hipóteses importariam em injusta discriminação.

Além disso, o projeto de lei mencionado prevê a criminalização de condutas culposas de improbidade nas hipóteses dos incisos 9º e 11 da Lei de Improbidade.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência também estão consolidadas no sentido de que as hipóteses previstas nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade exigem o dolo como elemento subjetivo, não sendo suficiente a existência de culpa do agente. Nesse sentido, as decisões do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 23 DA LEI 8.429/92. SÚMULAS 280/STF E 7/STJ. OFENSA AO ART. 7º, I, DA LEI 8.906/94. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. FATOS REGISTRADOS NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM QUE NÃO COMPROVAM O ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). AFASTAMENTO DAS CONDENAÇÕES.

1. Trata-se de dois recursos especiais que impugnam demanda referente à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de servidor público (Oficial de Justiça), advogados e respectivo escritório de advocacia, na qual se requereu a aplicação das penalidades impostas pelo inciso I do artigo 12 da Lei 8.429/92, em razão da alegada prática da conduta de improbidade administrativa prevista no artigo 9º, inciso I, da mesma lei, consistente na percepção do montante de R\$ 300,00 (trezentos reais) supostamente pagos como gratificação em razão do cumprimento imediato de mandado de busca e apreensão, por meio de depósito de cheque emitido pelo escritório de advocacia em que atuam os demais réus, em conta corrente de titularidade do recorrente que ostenta a função de agente público.

2. Acórdão recorrido que, reformando sentença que havia julgado improcedente a demanda com base na ausência de dolo, condenou os réus em todas as sanções pleiteadas na exordial, em síntese, ao argumento de que, por ter o depósito sido realizado dias após o cumprimento do mandado em quantia superior à das custas a ele referentes, teria sido devidamente demonstrado o enriquecimento ilícito do servidor, bem como a conduta indevida dos co-réus, proprietário e demais componentes do escritório de advocacia demandados.

3. Afasta-se a violação aos artigos 165, 458 e 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido se manifestou de forma clara e fundamentada sobre todos os aspectos necessários ao deslinde da questão.

4. Não se conhece da alegação de contrariedade ao artigo 23, inciso II, da Lei Federal n. 8.249/92, por demandar a análise da Lei Complementar 10.098/94 e das provas dos autos, atraindo as Súmulas 280/STF e 7/STJ.

5. No que tange à violação do artigo 7º do Estatuto da Advocacia, o recurso especial não merece conhecimento, pois o mencionado dispositivo de lei não foi objeto de análise pela Corte de origem, nem foram opostos embargos de declaração a fim de suscitar a discussão da matéria. Desse modo, ressente-se o recurso, quanto ao ponto, do indispensável prequestionamento da questão federal, atraindo, à espécie, a incidência da Súmula 282 do STF.

6. Esta Corte Superior, recentemente, fixou entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: REsp 1130198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1149427/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010; REsp 414.697/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/9/2010.

7. No caso concreto, não podem persistir as condenações dos recorrentes, pois, de acordo com as premissas fáticas registradas na sentença e no acórdão, em que pese demonstrado o depósito da quantia de R\$ 300,00 na conta corrente do agente público, deve-se considerar, para fins de

caracterização da conduta de improbidade, os fatos mencionados pela sentença, quais sejam: (a) improcedência do processo administrativo contra ele instaurado em razão da inexistência de ajuste prévio tendente ao recebimento de propina; (b) inexistência de central de mandados na Comarca onde atuava, o que impunha a realização de depósitos referentes à condução diretamente em sua conta; (c) existência de praxe de disponibilização dos números das contas bancárias dos oficiais de justiça para conhecimento público; (d) ausência de prova de que se tenha privilegiado o cumprimento do mandado em detrimento de outros; e (e) ausência de prova de que os coréus, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, tenham prometido ao oficial de justiça gratificação pelo cumprimento diligente de mandado de busca e apreensão.

8. Ademais, os fatos considerados pela corte a quo não demonstram o dolo, tendo em vista que o acórdão recorrido entendeu pela ocorrência do ato de improbidade administrativa em razão do suposto enriquecimento ilícito do agente público, e com fundamento em elementos objetivos (depósito de numerário superior às custas na conta de sua titularidade), não havendo clara menção à demonstração de conluio prévio entre o agente público e os coréus, de vontade de receber vantagem indevida, para possibilitar a realização de ato inerente à sua função; nem tampouco o enriquecimento ilícito, já que o numerário recebido foi devidamente restituído.

9. Recurso especial interposto por Jorge Jacó Friedrich conhecido parcialmente, e nessa parte, provido, para afastar a condenação imposta pela Corte de Origem.

10. Recurso especial interposto por Arlindo da Silva Martins e outros conhecido parcialmente, e nessa parte, provido, para afastar as condenações impostas pela Corte de Origem.

(BRASIL, 2011) – sem grifo no original.

Desse modo se observa que o projeto de lei nº. 5.581/2009 está dissociado do melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o elemento subjetivo necessário para a caracterização dos atos de improbidade administrativa.

Além disso, o mencionado projeto de lei prevê a punição por atos culposos previstos no artigo 10 com penas inferiores (metade) às previstas para os atos dolosos do mesmo inciso.

No entanto, há que se observar que muitas vezes condutas culposas são capazes de causar um prejuízo ao erário maior que condutas dolosas. Em outros termos, as consequências dos atos culposos nem sempre são menos graves do que as condutas dolosas.

Melhor se mostra, então, deixar ao juiz a ponderação de todos os fatores previstos no artigo 59 do Código Penal para a definição das penas aplicáveis para as pessoas que praticam os atos de improbidade administrativa.

Mesmo que, num caso concreto, o agente tenha agido culposamente, sua pena poderá ser maior do que aquele que agiu com dolo, mas causou pequeno dano ao erário. De qualquer modo, o projeto de lei mencionado vem em boa hora e está em consonância com a necessidade social brasileira.

Consoante consta da justificação do projeto de lei, “objetiva-se, com a criminalização dos atos de improbidade administrativa desencorajar tais condutas, que são absolutamente lesivas a toda comunidade”.

Por certo que existem outros projetos de lei que tratam do assunto no Congresso Nacional. Oxalá em breve algum deles consiga a aprovação, a fim de transformar em crimes as hipóteses de improbidade administrativa, permitindo a punição adequada para atos que violem o princípio da probidade administrativa.

A criminalização dos atos de improbidade administrativa, sem dúvida, é medida necessária para o fortalecimento do Estado Democrático do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade brasileira muda e moderniza-se a cada momento. A realidade social contemporânea não é mais a mesma daquela prevista na década de 40 do século passado, momento histórico em que foi concebido o Código Penal brasileiro.

Sedimenta-se na atualidade a noção dos danos causados com o desvio de recursos públicos e a corrupção administrativa, responsáveis pela dilapidação de bilhões de reais dos cofres públicos todos os anos.

Por outro lado, embora a edição e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa tenha se revelado um avanço em matéria de combate aos atos ímprobos, é fato notório que os atos de corrupção administrativa e de desvio de dinheiro público continuaram se proliferando e hoje são responsáveis por prejuízos gigantescos aos orçamentos públicos, na ordem de 85 bilhões de reais anuais.

O desvio de dinheiro público, a má gestão de recursos públicos e a corrupção administrativa acabam por retirar do Estado Brasileiro condições financeiras de implementar obras e serviços públicos, afetando, pois, a capacidade de desenvolvimento do Estado Nacional e a possibilidade de ele assegurar a todos condições dignas de vida.

Os atos de improbidade administrativa, assim, são atos que acabam por ofender diretamente o princípio fundamental de respeito à dignidade da pessoa humana.

Os custos sociais dos atos de improbidade administrativa são enormes e acabam sendo sentidos pelas camadas mais pobres da sociedade.

Considerando que os outros instrumentos jurídicos aplicados pelo Estado de Direito Brasileiro (direito civil e administrativo) não se mostraram suficientes e capazes de combater os atos de improbidade administrativa, torna-se necessário o uso da força maior de coerção do Estado, considerada *ultima ratio*, que é o Direito Penal.

Reafirma-se, portanto, o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, na medida em que este somente é chamado a intervir quando os outros ramos do direito não se mostraram aptos e suficientes.

Assim, a criminalização dos atos de improbidade administrativa, se não pode ser afirmada como a solução para todos os males de patrimonização dos recursos públicos, representa uma tentativa séria de combate a essa chaga social.

Transformar em crimes os atos de improbidade administrativa está de acordo com uma visão minimalista de Direito Penal, uma vez que se está considerando a probidade administrativa como um bem jurídico de suma importância.

Trata-se, em verdade, de criminalização de conduta que afeta interesse difuso, coletivo, chamado pela doutrina contemporânea de *Direito Penal Secundário*.

E é por meio do *Direito Penal Secundário* que o Direito Penal moderno e atual deve buscar defender os interesses e direitos constitucionais da pessoa humana.

Desse modo, a criminalização dos atos de improbidade administrativa representa uma necessidade do Estado de Direito Brasileiro que, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, pretende seriamente concretizar os desígnios constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional com a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. “Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro”. In *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. ampl. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, t. 3.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renan, 2003. v. I.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 150.329/RS. Rel. Ministro Vicente Leal. Sexta Turma. Brasília. Julgado em 02/02/1999. DJ 05/04/1999. P. 156.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 161.322/PE. Rel. Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Brasília. Julgado em 07/03/2002. DJ 16/09/2002. P. 161.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 324730/SP. Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília. Julgado em 08/04/2003. DJ 26/05/2003. P. 311.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 480.387/SP. Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília. Julgado em 16/03/2004. DJ 24/05/2004. P. 163.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 50.545/AL. Rel. Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília. Julgado em 15/08/2006. DJ 04/09/2006. P. 298.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1122474/PR. Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima. Primeira Turma. Brasília. Julgado em 16/12/2010. DJ 02/02/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.193.160/RS. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Brasília. Julgado em 17/02/2011. DJ 24/02/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº. 1365386/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília. Julgado em 22/03/2011. DJ 25/04/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 77.003. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Brasília. Julgado em 16/06/1998, DJ 11/09/1998. P. 380.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2182. Relator: Min. Marco Aurélio. Relatora para o Acórdão: Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Brasília. Julgado em 12/05/2010, DJe-168. Divulgado 09/09/2010. Public. 10/09/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 104.286. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Brasília. Julgado em 03/05/2011, DJe-095. Divulgado 19/05/2011. Public. 20/05/2011. P. 42.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. *Curso de Direito Penal; parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública* (arts. 213 a 359-H). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Os delitos econômicos na atualidade. O crime do colarinho-branco e a lavagem de dinheiro*. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2006, p. 339-372.

CRUZ, Flávio (coordenador); JUNIOR, Adauto Viccari; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; BARBOSA, Rui Rogério Naschenweng. *Comentários à lei nº 4.320*. São Paulo: Atlas, 1999.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Qual o caminho seguro para uma Gesamte Strafrechtswissenschaft nesses tempos de fatos puníveis secundários?* In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2006, p. 147-179.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2006.

DIAS, Fabio Freitas. *Direito Penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias*. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos,*

ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2006, p. 113-146.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do Direito Penal secundário*. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2006, p. 13-69.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, WALDO. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: comentários, artigo por artigo, da Lei nº. 8.429/92 e do DL 201/67*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*; trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.8429/92 e legislação complementar*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; SILVA JÚNIOR, José; NINNO, Wilson; FELTRIN, Sebastião Oscar; BETANHO, Luiz Carlos; GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1. t. 2.

FREITAS, Juarez. *Princípio constitucional da moralidade e o direito fundamental à boa administração pública*. In JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda; coordenadores. *Temas de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 355-376.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2005.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, t. I.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, t. II.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas Perdidas – O sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli*. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda; coordenadores. *Temas de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; organizadores. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.

_____. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

_____. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. III.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PLURAL. *Seis bilhões de reais de volta aos cofres públicos*. Boletim informativo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: ano 7, nº 43, julho-agosto-setembro de 2010.

PODVAL, Roberto; RIZZO, Beatriz Dias. *Corrupção: uma crítica da razão punitiva*. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2006, p. 373-413.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.) *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13-50.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLOSA FILHO, Benedicto. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORQUATO, Gaudêncio. *Cercando a teia da corrupção*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 29 de abril de 2012. Caderno A, p. 2.

VEJA. *A vingança contra os corruptos*. Edição nº. 2240 – ano 44 – nº 43, de 26 de outubro de 2011, p. 76-82.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.