

IMPROBIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND DISCRETION

RENATO POLTRONIERI*

RESUMO

A proposta do presente trabalho é discutir se os atos discricionários estão sujeitos à Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). A Lei de Improbidade delibera sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto. O agente público que, ao materializar o ato discricionário não observar os deveres morais e de honestidade para com a Administração Pública, responderá por ato de improbidade administrativa nos termos da Lei. Que significa de outra parte que o Poder Judiciário deve exercer sua responsabilidade de controlar a discricionariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade. Ato Discricionário. Agente Público. Discricionariedade. Enriquecimento Ilícito.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the discussion whether the discretionary acts are subject to Law No. 8429 of June 2, 1992 (Administrative Improbability Law). The Improbability Law provides for the applicable penalties to public functionary in cases of illicit enrichment, damage to the treasury or violation of the government principles in the exercise of official occupation, position, employment or function under the direct, indirect or foundational public administration. Discretion is the degree of freedom that remains to the functionary to elect, according to consistent criteria of reasonableness, one of at least two reasonable attitudes applicable to each case. The functionary that does not observe moral and honesty principles when materializing his discretionary act may be subject to the penalties set forth in the Improbability Act. The other party, the judiciary must exercise its responsibility to control discretion.

KEYWORDS: *Improbability. Discretionary Acts. Functionary. Discretion. Illicit Enrichment.*

* Doutor em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito Constitucional, Político e Econômico. Especialista em Direito Público e Regulatório. Professor de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessor especial da Presidência do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP. Pós-graduado em Direito Internacional Econômico/Itália. Pós-graduado em Administração de Empresas/FACEF.
E-mail: rpoltronieri@demarest.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1 – Considerações sobre os atos discricionários. 2 – Limitação da liberdade de escolha dos atos discricionários. 2.1 – Ato discricionário limitado por princípios. 2.1.1 – Princípio da supremacia do interesse público. 2.1.2 – Princípio da Razoabilidade. 2.1.3 – Princípio da Motivação. 2.1.4 – Princípio da Finalidade. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, comumente conhecida como Lei de Improbidade ou “LIA”, delibera sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Nesse sentido, o objetivo da Lei é punir os maus gestores. Dessa forma, para configurar a conduta punível, a má-fé deve estar presente como premissa básica do ato ilegal e ímprobo, de maneira que não se deve tachar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa. Confirmando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado de maneira a considerar que a ilegalidade só adquire status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da administração pública coadjuvados pela má-fé.

A questão proposta no presente artigo, adaptado a partir dos estudos no programa de doutorado, é o debate sobre a questão se os atos discricionários estão sujeitos à LIA e o alcance do controle judicial do conteúdo material desses atos discricionários. Já adiantamos que sim, para as duas questões, conforme a fundamentação legal e teórica que será exposta, a qual tem como base a doutrina clássica pois, com o devido respeito a considerável quantidade de doutrina publicada nos últimos anos, o tema do controle do mérito do ato discricionário e a relação desse tema (e poder discricionário), com ou sem o cotejamento da aplicação da LIA, não é tratado de maneira inovadora em relação ao que foi produzido pela doutrina clássica, salvo tratar a discricionariedade legal administrativa como espécie de “livre arbítrio de autoridade” do ocupante do cargo administrativo.

A proposta registrada nesse artigo é retomar o que foi produzido classicamente sobre o tema da discricionariedade administrativa, partindo dos textos básicos e lidos na graduação, com a simplicidade epistemológica conceitual, e aí sim construir uma nova rota de conclusão para defesa da tese do poder e obrigação do Poder Judiciário em controlar o mérito do ato administrativo discricionário, especialmente diante das previsões contidas na LIA.

Não se trata de uma análise histórica dos conceitos aplicáveis a atuação discricionária ou contidos na LIA, mas uma crítica indireta ao discurso judicial contemporâneo de que a LIA não se aplica ao administrador incapaz, despreparado ou inábil, o que abre enorme espaço para não responsabilizar o administrador pelos atos discricionários abrangidos pela LIA.

Face à Lei de Improbidade, em 1992, uniformizou o tema da improbidade administrativa que na prática sempre nortearam a atuação da administração do bem público, e eram tratados pelas as Leis n^os 3.164, de 1^o de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958, consideramos como suas principais disposições os artigos 9^o, 10 e 11, pois eles definem quais comportamentos são considerados como ato de improbidade para fins de aplicação das sanções previstas na Lei, os quais brevemente abordaremos a seguir.

O artigo 9^o, por sua vez, define os comportamentos ímprobos dos agentes públicos que importem em enriquecimento ilícito. Nos termos desse artigo, constitui ato de improbidade administrativa obter, para si ou para outrem, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, inclusive, a simples aceitação de promessa de vantagem econômica pelo administrador público para permitir que terceiros possam alcançar vantagem que contrarie o interesse público resulta em ato de improbidade, também.

No mesmo sentido, a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que resultar em lesão ao erário, ensejando perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades da Administração Pública recairá nas hipóteses do artigo 10 da LIA. Note que, aqui, a Lei explicitamente prevê a possibilidade de o agente público incorrer em ato de improbidade que cause dano ao erário mediante sua ação ou omissão culposa.

Tão importante quanto os outros, o artigo 11 dispõe sobre o ato que atenta contra os princípios da Administração Pública, sendo considerado ímprobo quando violar, por ação ou omissão do agente, os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições de que trata a Lei. Assim, praticar ato visando fim proibido ou diverso do previsto em lei ou regulamento, revelar fato de que tenha ciência em razão de suas atribuições, mas que deva manter em sigilo, negar publicidade a atos oficiais e frustrar licitude de concurso público, entre outros atos que importem em desrespeito e violação dos princípios, caracterizam improbidade.

Esclarecemos que a LIA objetiva punir aqueles que agem com dolo (má-fé e/ou desonestidade) ou, conforme o caso, com culpa (negligência, imprudência e/ou imperícia) tipificando, assim, o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e/ou a violação a princípios da Administração Pública (art. 11). Conforme tratado pela doutrina e jurisprudência, a Lei de Improbidade pretende alcançar o administrador desonesto, e não aquele que é despreparado, inábil, incompetente ou desastrado que não agiu com má-fé, como já tratado pela doutrina e jurisprudência:

A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto. (MORAES, 2002:2611)

De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 213.994-0/MG, Relator Ministro Garcia Vieira, 1999)

Para esse administrador despreparado, inábil e/ou incompetente a “premiação” seria a reprovação pela votação popular. Ou seja, quando o administrador com essas características é reeleito ou eleito para outro cargo significa que os eleitores aceitam tal situação, que a rigor não é matéria penal, mas inicialmente moral.

Essa limitação na aplicação da LIA conforme o elemento subjetivo é ampliada pela justificativa da atuação discricionária. Nossa proposta crítica é de não se permitir que o ato discricionário, que nada mais é do que um atributo da competência e responsabilidade do ocupante do cargo, inábil, incompetente ou desastrado se convalidado juridicamente, especialmente nas hipóteses previstas nos artigos 10 e 11 da LIA.

Voltando ao tema jurídico, as disposições da LIA são aplicáveis não só ao agente público ímprobo, mas, também, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Em que pese a possibilidade de confrontar a aplicação da LIA com o disposto na Lei nº 12.846 de 01 de Agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que responsabiliza administrativa e civilmente pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, o presente artigo ficará centrado no tema proposto inicialmente.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Primeiramente, devemos destacar que discricionariedade, discricção e discricionário são termos que não se confundem, em nenhuma hipótese de legitimidade dentro do Direito Administrativo, com arbitrariedade, arbítrio e arbitrário. Este último designa uma liberdade sem limites que, inclusive, nem é objeto do Direito. Já arbítrio denomina a liberdade condicionada, vigiada e condicional, chegando até a ser uma vinculação especial. Em verdade, a chave para se compreender a discricionariedade administrativa é entender sua origem e necessidade, que se consubstanciam na identificação da legalidade, da finalidade e da sua legitimidade perante o interesse social.

Discricionariedade, segundo o conceito dado por MELLO (1998:48), é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação do objetivo legal, quando, por força da fluidez das expressões da Lei ou da liberdade conferida no mandamento, da norma não se pode extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ (1991:117) entende que a discricionariedade administrativa seria o “dever-poder” que tem o agente, no exercício das funções públicas de sua competência, perante a liberdade de ação advinda da norma jurídica aplicável.

A razão de existência do poder discricionário está fundamentada na coordenação da ação administrativa que não pode ser prevista nas suas peculiaridades em uma norma jurídica positiva categórica, cabendo a ele marcar o terreno a ser percorrido dentro dos limites temporais, que se altera no poder normativo do Estado, expressado, particularmente no caso do Direito brasileiro, na opulência e no vigor da elaboração de normas positivas. O que permite o exercício do poder discricionário pelo administrador é a sua expressão na norma jurídica positiva, conforme a própria concepção dos fins do Estado de direito e democrático.

A dependência da Administração com relação à norma passou a demonstrar diferenças de apresentação e previsão. Em certos casos, ela passou a ser absoluta, como nas atividades plenamente vinculadas previstas nas normas categóricas. Em outros, embora a norma positiva indique os objetivos a serem alcançados, a Administração pode apreciar algumas das circunstâncias e termos fáticos para sua atuação, como nos casos de discricionariedade restrita ou, segundo RODÓ (1954:41), “discricionariedade vinculada – gebuden ermissen”.¹

Por fim, a norma disjuntiva deixa em aberto os fins e objetivos de certos atos, não os assinalando na norma positiva e, por conseguinte, corporificando a discricionariedade ampla.

2 LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Segundo MEDAUAR (1992:184), tradicionalmente, o conceito de discricionariedade é averbado como uma faculdade conferida à Administração de orientar livremente quanto a determinados atos, sobressaindo-se as ideias de escolha livre, de espaço livre, de identificação do Interesse Público e de seleção dos meios para efetivá-los.

1 O poder de opção de vias, soluções e medidas admitidas na Lei, isto é, a existência sempre de uma confrontação normativa, um reduto legalmente inultrapassável, configura-se nessa “discricionariedade vinculada”.

Em geral, a doutrina reza ser discricionariedade uma apreciação dentro dos princípios e limites legais, e se há limites há também vinculação no que concerne a tais extremos, verificáveis pelo exame de legitimidade. MELLO (1998:41) pondera aquela posição salientando que não existe discricionariedade, mas sempre vinculação, já que, em toda e qualquer hipótese, só haveria real obediência à norma (e, portanto, ato legítimo) quando se adotasse a única providência adequada perante o caso concreto, isto é, aquela adequada e perfeita para atender o escopo normativo. Ora, se a providência cabível fosse sempre uma só (a perfeita) então não existiria discricção, pois esta pressupõe necessariamente alternativa.

Uma vez que existe o dever jurídico de se adotar para o fato real a solução material apropriada e perfeita para a situação preconizada na norma disjuntiva, a discricionariedade pode se sustentar diante da impossibilidade prática de se provar que houve violação de tal dever. Pois é fruto da impossibilidade de objetivamente se reconhecer, por meio de uma norma categórica, qual será o comportamento concreto apto a atingir de modo perfeito a solução para um determinado caso.

Portanto, a discricionariedade se comprova quando, mediante fiscalização, não se pode provar a violação da motivação, da finalidade ou dos objetivos da norma positiva dentro de um sistema formal, democrático e com repartição de poderes, bem como ao se notar que não é possível determinar previamente de forma categórica qual é a solução única e apropriada. Uma condição pressupõe a outra. A discricionariedade administrativa não passa de um dever de atuar conforme o poder conferido.

Não é lógico, tampouco sistemático e racional, imaginar a fonte de criação e instituição da discricionariedade, que é a norma jurídica, como o motivo de sua liberdade ilimitada, já que é isso que se configura quando se aceita a existência de um ato público e administrativo que esteja isento da possibilidade de ser fiscalizado.

O dever de atuar do administrador, no exercício das funções públicas de sua competência, perante as alternativas previstas pela norma jurídica aplicável e definidas concretamente somente diante da situação de fato, não pressupõe a faculdade de escolha entre alternativas, pois atuar faz parte da obrigação do administrador. Ou seja, o dever de atuar não é abrangido pela discricionariedade.

Destarte, por meio dos conceitos jurídicos ou técnicos utilizados pela norma é possível definir o valor nela contido e, em caso concreto, a aplicação de uma medida de solução administrativa única e homogênea, em equilíbrio com os preceitos constitucionais que regem a Administração Pública, solidificando e expondo a decisão que melhor atenda ao fim público que deflui a norma.

Isto é, passar-se-ia pela ordem imperativa de se fazer algo e ter liberdade controlada de ação, impedindo que o administrador extrapole seu dever de atuar maculando o ato administrativo discricionário com vícios de improbidade. Isso pelo fato de que alguns conceitos jurídicos indeterminados existente na legislação administrativa, especificamente na LIA, não pode ser mais aceito como uma cláusula aberta, permitindo ao administrador, e principalmente ao Judiciário, uma avaliação altamente subjetiva.

A discricionariedade seria, assim, pura e simplesmente o resultado da impossibilidade de a norma jurídica positiva poder determinar sempre qual a providência que atende com precisão o resultado objetivo necessário à ordem normativa. Entretanto, ao atuar de forma que torne o ato administrativo impróprio ao caso concreto, seja por ação ou por omissão do administrador, tendo por resultado final atentado contra os princípios da administração pública, ou, ainda, causado o prejuízo ao erário ou acarretado o enriquecimento ilícito, seu ou de terceiros em virtude da sua função pública, por mais que o administrador alegue seu poder discricionário, ele não cumpriu com o principal fim da norma, qual seja, o bem público.

Assim, a atuação discricionária administrativa, no Estado democrático e de direito, mesmo que diante do feixe de competências preconizado pela norma, não se trata de apreciação subjetiva, pois pressupõe a escolha, dentro dos limites legais, daquilo que se configurar como mais conveniente, útil e oportuno para o interesse público, não possuindo, portanto, nenhuma relação com a subjetividade personalíssima.

Segundo MORAES (1999:40), a discricionariedade é uma “ponderação valorativa do interesse público”, uma vez que o agente deve fazer uma opção, ou seja, agir positivamente. Para MEDAUAR (1992:84):

A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades.

Por conseguinte, não se deve considerar a discricionariedade como falta de regulação da situação de fato que deve anteceder a aplicação do ordenamento, mas como a liberdade de escolha do administrador conferida e direcionada pela norma jurídica positiva e limitada pelos conceitos jurídicos e técnicos encontrados nela própria e nas demais normas que compõem o ordenamento e pela razoabilidade de sua aplicação.

Ademais, a discricionariedade está inserida dentro de um cenário de extremo rigor procedimental, em que à Administração aplica-se o princípio da legalidade objetiva, devendo ela, por conseguinte, fazer somente o que a norma determina, ao contrário do que indica o preceito vigente no direito privado, no qual a autonomia da vontade é que prevalece nas relações jurídicas.

A atuação administrativa deve ser segregada da atuação política-legislativa ou política-executiva, que se referem às opções do representante do órgão público, por vezes opções até personalíssimas, e, portanto, daquela em que se encontra a discricionariedade, limitada pela situação concreta, pelos conceitos jurídicos e técnicos e pelo dever de eficiência.

Não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, visto que é sempre vinculado com relação aos seus objetivos, à sua eficácia e à competência de atuação. Eis as características que o distinguem dos atos políticos, que possuem ampla liberdade para criar normas e alterar o sistema normativo.

A atuação administrativa deve guardar correspondência e proporção com os motivos de sua existência. A norma jurídica preserva essa proporção em seu texto hipotético, como indica a excelência da produção legislativa. A abertura da norma legal positiva à Administração para definir no momento presente a forma e o conteúdo do ato administrativo a ser praticado não significa

aquela liberdade política-legislativa, já que a conveniência e a oportunidade residem no fato concreto que antecede o ato, e não na personalidade do administrador (MOREIRA NETO, 2005:74).

Vale assinalar, ainda, que esta liberdade é relativa, uma vez que tem sua exata proporção definida por lei e controlada pelos conceitos jurídicos e técnicos contidos na norma e seu exercício está vinculado à satisfação do interesse público, mensurável e materializável.

Embora a discricionariedade não seja um “poder” específico da Administração, mas um atributo conferido mediante uma norma jurídica positiva para que ela se manifeste em relação a um caso concreto, sua atuação será sempre categórica em relação ao sistema normativo, não podendo desrespeitá-lo, tampouco se formar por conceitos jurídicos ou técnicos inaplicáveis aos seus fins os quais, por sua vez, estão expressos conceitualmente no ordenamento democrático constituído, hipoteticamente, pelo povo que exerce diretamente o poder nos termos da Constituição.

No que tange a Lei de Improbidade, o descumprimento da Lei tem sido justificado com base em atos supostamente discricionários, como já tratado na jurisprudência:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - REEXAME NECESSÁRIO - CABIMENTO - CONHECIMENTO “EX OFFICIO” - DANO AO ERÁRIO - VALOR PROBATÓRIO ROBUSTO - CARACTERIZAÇÃO DE IMPROBIDADE - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR - REFORMA DA SENTENÇA - MEDIDA QUE SE IMPÕE. A improbidade administrativa está intimamente ligada à desonestidade, ao dolo no sentido de lesar a coletividade em benefício próprio ou de terceiros. A lei não trata exclusivamente das questões nas quais esteja envolvido dinheiro público, mas trata de maneira genérica de questões atinentes à eticidade na atividade administrativa e legalidade das condutas dos agentes. Caso a conduta do agente destoe da previsão legal a que está adstrito, caracterizar-se-á a ilicitude da conduta, e advirá a necessidade de sua responsabilização. Na aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, o julgador deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação na interpretação e aplicação do dispositivo. (TJ-MG -

AC: 10460040148468002 MG , Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 03/09/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/09/2013)

Ao não atuar conforme o poder discricionário que recebeu pela norma disjuntiva, dentro dos limites legais, observando princípios e a oportunidade e conveniência no caso concreto, por consequência, sua escolha de atuação poderá se enquadrar em alguma das improbidades listadas nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, deixando o administrador que agiu de maneira impropria totalmente suscetível às sanções previstas no referido diploma legal.

Feitas as considerações sobre discricionariedade e ato discricionário e seus limites encontrados no próprio sistema normativo legal, passamos a analisar a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger o melhor comportamento a ser aplicado no caso concreto sob a luz dos limites impostos pelos princípios da supremacia do interesse público, da razoabilidade e da finalidade.

2.1 ATO DISCRICIONÁRIO LIMITADO POR PRINCÍPIOS

Na atuação discricionária, a liberdade do administrador estará limitada por normas legais, sendo elas sobre competência, forma e finalidade, conforme já exposto no presente estudo, mas também estará delimitada pelos princípios da supremacia do interesse público, razoabilidade, moralidade, motivação, finalidade, entre outros. Assim, num primeiro momento, a discricionariedade aparenta ser ampla, entretanto, vê-se que esta liberdade poderá reduzir-se diante do caso concreto.”²

2 Hector Jorge Escola (1977:127) define que interesse público “é não só a soma de uma maioria de interesses individuais coincidentes, pessoais, diretos, atuais ou eventuais, como também o resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, no qual a maioria dos indivíduos reconhece, também, um interesse próprio e direto”. Celso Antônio Bandeira de Mello (1983:33) parte da ideia de que se a lei dá à Administração certa margem de discricionariedade é para escolher em cada caso concreto a solução mais adequada para atingir os objetivos fixados pelo legislador. Assim, a discricionariedade existente, em abstrato, na norma legal não corresponde à mesma amplitude de discricionariedade no caso concreto, “perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será *sempre muito menor e pode até*

Tamanha a necessidade de observância aos princípios no momento da escolha pelo melhor ato oportuno e conveniente a ser tomado perante o caso concreto que, quando os princípios são transgredidos, seja por ação ou omissão do administrador, resultando, de alguma forma, em violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas e, notadamente, (i) em ato que vise fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (ii) no retardamento ou abstenção da prática de ato de ofício, na revelação de fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, na negativa de publicidade aos atos oficiais; (iii) frustração da licitude de concurso público; (iv) na não prestação de contas quando esteja obrigado a fazê-lo; e, (v) na revelação ou permissão 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 administrador incorrerá em ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, respondendo pelas sanções impostas pela LIA.

2.1.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O interesse público é composto pelo interesse coletivo, que diz respeito ao agrupamento de pessoas determinadas ou determináveis que se unem precisamente porque têm algum tipo de interesse comum, e pelo interesse difuso, que diz respeito a um grupo de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, sem possibilidade de determinar individualmente o grupo interessado ou beneficiário dele.³

desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento, seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal”.

- 3 Segundo Ada Pellegrini Grinover (1984:89), “por *interesses coletivos* entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns nascidos

O princípio da supremacia do interesse público como limite à discricionariedade administrativa é tese bastante difundida na doutrina brasileira. Segundo DI PIETRO (1991:169), ainda que a lei não use expressamente a expressão “interesse público”, em toda a atividade administrativa ele deve ser observado diante do caso concreto.

A ideia de interesse público no Direito Administrativo é essencial, na medida em que toda a atividade desenvolvida pela Administração Pública deve atender eficientemente às necessidades sociais, estampadas nas normas conforme o interesse social indicado ao legislador. Essa concepção permite que o indivíduo, por meio da sociedade de que faz parte, torne-se o centro dos direitos e serviços a serem oferecidos, e não figura secundária da atuação do Estado, que serve mais aos seus componentes do que aos seus instituidores.⁴

Apesar da diversidade de interesses de uma pessoa ou de um grupo em relação a outra pessoa ou grupo é da variedade que surge um consenso acerca do que constitui o interesse público em um determinado momento e espaço social. O intuito do presente artigo não é limitar o conteúdo do ato administrativo discricionário a um conceito jurídico ou técnico, mas evidenciar que é necessário e possível definir o conteúdo de tais conceitos em um determinado espaço e tempo, diante de uma situação real e concreta. E tal conteúdo, por consequência, é o que deve ser aplicado naquela hipótese.⁵

em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não são confundidos com os interesses individuais”.

Lúcia Valle Figueiredo (1989:14) aponta como características dos interesses difusos a indivisibilidade (porque dizem respeito a todos e a cada um, como o patrimônio ecológico, o meio ambiente hígido, as paisagens notáveis, as reservas ecológicas), a *indeterminação dos indivíduos* que deles se beneficiam e a *indisponibilidade* (já que não há um titular identificável com poderes para dele dispor).

4 Segundo Héctor Jorge Escola (1989:31), “o interesse público, assim entendido, é não só a soma de uma maioria de interesses coincidentes, pessoais, diretos, atuais ou eventuais, mas também o resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, no qual a maioria dos indivíduos reconhece, também, um interesse próprio e direto”.

5 Ernst S. Griffith (1967:27) indica três formas de se conceituar interesse público: *o legalista, o econômico e social*. O primeiro é utilizado pelos positivistas, relacionando-o

LIMA (1982:20) trata da Administração Pública como a atividade desempenhada por quem não é proprietário do bem, sendo que no Direito Público “o bem se não entende à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade a que essa vontade deve servir”.

Segundo MELLO (2010:74), interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-lo – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Tecnicamente, o interesse público primário é formado pelo conjunto de interesses individuais e sociais preponderantes em uma determinada organização política. É, ainda, o interesse do administrado, pelo qual o Estado foi criado e existe. O interesse secundário, por sua vez, é da instituição estatal, em vista de cumprir com o interesse público primário, pois dele é dependente e não deveria existir por si só, como na estrutura pública brasileira, que arrecada para se manter e conferir cargos, sem nenhuma relação com o atendimento dos interesses primários.⁶

Essa crítica singela não pretende indicar que é obrigação do Estado atender ao interesse de todos os cidadãos, até porque isto seria impossível. Mas é, sim, seu dever beneficiar legalmente e moralmente uma coletividade de pessoas que tenham interesses comuns e confirmam ao sistema a competência para essa atuação, ainda que esses interesses não correspondam à soma dos interesses individuais.

com o procedimento; tudo o que observe um procedimento legítimo atende ao interesse público. O segundo é tido como a proteção do direito de opinar do consumidor. O terceiro é dado por uma sociedade específica, conforme os costumes dela.

6 Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991:164) observa que “em caso de conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado”.

2.1.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade é considerado como limite à discricionariedade administrativa, uma vez que diante do fato concreto, em um determinado tempo e espaço, tem-se o critério objetivo que permite diferenciar uma lei ou um ato administrativo razoável de uma lei ou ato administrativo irrazoável.

A razoabilidade está presente quando se respeita o sistema normativo e o conteúdo dos conceitos que o formam, bem como a proporcionalidade e racionalidade entre os fins e as modalidades de agir em relação aos valores envolvidos nos fatos concretos examinados. A falta de proporcionalidade se caracteriza pela falta de relação entre os meios adotados e os fins que se perseguem (ou que se deveria perseguir). A Administração deve decidir as questões propostas atendo-se aos fatos reais e comprovados.⁷

Segundo DI PIETRO (1991:140):

Há que se observar, contudo, que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade na função legislativa; e quando se associa a razoabilidade com a proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade administrativa.

É irrazoável a medida adotada por capricho, por motivos pessoais ou sem um motivo preciso que possa ter embasamento na ordem jurídica, bem como aquela que, embora esteja formalmente de acordo com a lei e nos limites da discricionariedade, contraria, inteiramente e de forma manifesta, o senso comum da necessidade, importância e eficiência naquele momento e local.

7 Agustin Gordillo (1977:183), ao tratar dos limites à atividade discricionária, inclui entre eles, ao lado do desvio de poder e da boa-fé, o princípio da razoabilidade. Afirma que “a decisão ‘discricionária’ do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; ou b) na leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios. Ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar”.

A possibilidade de fiscalização do conteúdo do ato administrativo discricionário pelo princípio da razoabilidade, por exemplo, significa controle específico de certos elementos do ato em relação aos efeitos que produzam, que é o que irá limitar a atuação do administrador dentro daquela norma que lhe concedeu o poder discricionário. Esse princípio serve para ampliar o domínio e a exigência da competência vinculada e da legalidade dos atos administrativos discricionários.⁸

OMMATI (2004:25-26) reitera a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao relacionar discricionariedade com razoabilidade, indicando ser uma margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto.

A situação discricionária torna-se plenamente verificável e passível de ser fiscalizada diante do caso concreto, tendo em vista que é mensurável em todos os seus aspectos nessa situação. Essa realidade material, inclusive, é o motivo da teorização discricionária, já que não há condições reais e científicas de se preverem todas as situações humanas e naturais que podem ocorrer.

2.1.3 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

O princípio da motivação dos atos praticados dentro de um ordenamento jurídico é necessário para se garantir a igualdade normativa das pessoas, sendo que a melhor forma é pela segurança da aplicação da norma.

Vale referir, fazendo-se uma breve interrupção na análise ora empreendida, que a proposição apresentada no presente artigo, assim como todas as teses sobre discricionariedade, interpretação e aplicação de normas, depende dos homens e da vontade de seu emprego pelas autoridades competentes.

8 Segundo Di Pietro (1991:134), as técnicas utilizadas pelo juiz administrativo para controle da discricionariedade são: (a) recurso aos princípios gerais do Direito; (b) invocação a uma suposta intenção do legislador; e (c) apelo ao “standard”. Sobre o poder conferido ao Executivo para legislar e a necessidade de se limitar tal outorga para evitar-se que o poder conferido se torne incontrolável pela ausência de limites.

Não se pretende defender a verdade absoluta, mas a segurança de que a atuação discricionária respeite o conteúdo dos conceitos jurídicos e técnicos contidos na norma e no ordenamento. Assim, justamente pelo fato de se poder decidir de diferentes maneiras, faz-se necessário deixar bem claro (materialmente, moralmente e finalisticamente) por que se está decidindo de uma determinada maneira e não de outra.

Dentro de um sistema formal, democrático e com repartição de poderes nenhum ato administrativo pode ser feito sem uma razão pública ou sem um motivo real e sustentável legalmente. Há sempre algo material a impulsionar a ação da Administração, já que tudo se destina a alguma finalidade. Assim, toda finalidade que não se sustenta perante as normas do Direito, a Constituição e os princípios gerais deve ser repugnada.

Um ato administrativo discricionário emanado sem razão de ser ou contrário às necessidades coletivas, à realidade material, ao sistema normativo, à própria moral administrativa ou aos demais preceitos do Estado de direito não pode continuar a existir, pois contraria a base estrutural da democracia e do sistema normativo.⁹ Nesta época em que tudo é relativo diante da imensa mutabilidade nas relações humano-sociais e nos próprios acontecimentos sociais e administrativos, o conteúdo do ato administrativo discricionário não poderia continuar a não ser fiscalizado e atualizado pelo sistema normativo e seus métodos de verificação.¹⁰

Não se podem sustentar, dentro de um sistema legal formal, atos praticados e postos somente com base na competência do administrador. O Estado absolutista foi superado e no atual estágio capitalista, tecnológico e globalizante o representante da Administração é um executor de atos e deve ter como objetivo

9 Antonio Carlos de Araújo Cintra (1979:107) defende que a motivação do ato administrativo serve de controle da discricionariedade administrativa e deve esclarecer as circunstâncias que fundam o ato administrativo praticado, atendendo ainda aos aspectos de legalidade, oportunidade e conveniência da decisão tomada.

10 Segundo Etewaldo de Oliveira Borges (2003:26), “o princípio da legalidade destaca-se de forma especial por representar o fundamento do Estado de direito, atuando como balizador na forma de agir dos cidadãos frente à norma jurídica, impõe-lhes a conduta no seio da sociedade em que se encontram inseridos”.

concretizar o interesse público. Se não for eficaz nessa função, aferível pelo conjunto social e pela realidade material, deve, então, ser dispensado.

Todos os atos administrativos, discricionários ou vinculados, devem ser motivados e ficar, portanto, atrelados a estes motivos como resultado de sua efetivação, uma vez que dependem diretamente da realidade, do conteúdo dos conceitos envolvidos no ato e da legalidade dos motivos expostos. Em caso de discordância entre os motivos apontados e os conceitos tomados como parâmetro ou aquilo que de fato aconteceu o ato deve ser considerado nulo e retirado do sistema jurídico.

Sendo a discricionariedade conferida pela norma e sua concretização condicionada às situações reais e materiais existentes, bem como aos conceitos jurídicos e técnicos envolvidos, a fiscalização e a anulação dos atos administrativos discricionários não somente são possíveis tecnicamente, mas exigidas constitucionalmente.

2.1.4 PRINCÍPIO DA FINALIDADE

O resultado a ser alcançado por uma norma encontra-se implícito nela, diante da situação real e concreta. É dessa relação que se identifica sua finalidade. Não são aceitáveis os desvios de finalidade da norma, pois afrontam os seus objetivos e os de todo o sistema jurídico e administrativo em que está envolvida. A interpretação é necessária, mas não livra o administrador de ser o responsável por aquilo que determinou. O sentido de uma norma jurídica só se justifica pela sua finalidade.¹¹

11 Para Etewaldo de Oliveira Borges (2003:35), “quando o administrador público age, desrespeitando o princípio da finalidade, com o objetivo único de satisfazer interesses privados, emerge, como decorrência de sua atitude, o desvio de finalidade, por afronta ao princípio da discricionariedade, o que torna o ato suscetível de ser anulado pelo Poder Judiciário e, em consequência, fornece condições àqueles que, porventura, sentirem-se lesados, de pleitearem reparação ao órgão responsável pelo dano que no caso é o Estado”. Logo em seguida (2003:36), defende que “a correta aplicação do Direito não se restringe, apenas, ao exame da legalidade, ou legitimidade, do ato administrativo, por parte do Poder Judiciário, mas estende-se, também, à verificação da moral administrativa”. Um pouco mais à frente (2003:83) registra que o controle

O desvio de finalidade do ato discricionário, além de desarmonia com o princípio da impessoalidade, indica desrespeito à moral administrativa, pela falta de condições de se conjugar responsabilidade administrativa com interesse público.

Embora seja difícil identificar o conteúdo da moral, uma vez que contém valores variáveis, temporais e espaciais, é possível defini-lo conforme os padrões de comportamento adotados pela maioria e os valores considerados ideais em um determinado espaço e tempo.¹²

A finalidade da norma jurídica e de seus conceitos jurídicos ou técnicos é indispensável para se definir o conteúdo dos termos “aptidão”, “proximidade com a realidade”, “soluções exigíveis e ordem”, “cumprimento de metas” e “resultado”, que norteiam as definições de atuação discricionária, o que, em termos práticos, não indica a precisão da atuação. O conteúdo desses conceitos deve estar definido na norma ou ser constituído com base na realidade material e nos padrões técnicos de outras ciências, como as físicas e biológicas, imunes aos desejos pessoais de seus aplicadores.

Da mesma forma, a discricionariedade não pode ser sustentada com base na ambiguidade da norma, pois sempre estará conferida e definida pela norma jurídica e pelos seus conceitos jurídicos e técnicos. Nesse sentido, a ambiguidade da norma existe pela composição dos conceitos nela contidos, não necessariamente por serem vagos ou incertos, mas também por sua organização dentro do texto legal.

judicial da discricionariedade não se apresenta com tanta facilidade; “todavia, é, também, possível realizá-lo, desde que se considere e respeite-se o disposto pela lei, quanto aos limites para a efetivação do ato”.

- 12 Segundo Di Pietro (1991:59), “o administrador era visto como a figura mais apta para decidir sobre determinados casos, por estar mais próximo da realidade e poder adotar soluções mais flexíveis para cada situação. E os tribunais ficavam com a competência de controlar apenas a legalidade, não podendo imiscuir-se nos aspectos deixados à liberdade de apreciação do administrador”. Segundo a autora (1991:60), “o legislador, em determinados casos, fixa, ele mesmo, as decisões a tomar em cada situação, o que ocorre, em geral quando ele quer conferir e assegurar certos direitos aos indivíduos; nesses casos, tem-se o domínio dos *atos de autoridade*. Em outras hipóteses, o legislador deixa determinadas decisões para serem tomadas pela Administração diante do caso concreto, o que ocorre, em geral, no domínio dos *atos de gestão* e nos casos em que à Administração é conferido o direito de abster-se”.

Se, em um dado momento, a norma jurídica positiva determina um comportamento categórico, único perante a situação concreta e passível de ser definido em termos objetivos não cabe duvidar que tal comportamento corresponde a uma conduta qualificada como excelente e ideal para atender aos interesses que se propôs a tutelar¹³.

De forma diversa, se a norma regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade contínua sendo requisito essencial do ato administrativo o alcance do propósito para o qual foi criado, bem como permanece a imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade.¹⁴ Nesse sentido, pode-se afirmar que a discricção nasce do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, útil e que produza o melhor resultado ao menor custo, exercendo-se a discricionariedade nos termos de sua previsão.¹⁵

Não sendo a norma jurídica um ato aleatório, pode-se considerar que ela sempre pretende gerar uma conduta excelente e em consonância com a finalidade que a animou. A discricionariedade não se diferencia da vinculação em termos de finalidade, utilidade e resultado, seguindo as suas características de atuação. Diante da estática das normas, todas estão subordinadas à lei, pela qual são concebidas, limitadas e fiscalizadas.

13 Para André Gonçalves Pereira (1962:263), o ato totalmente vinculado é uma hipótese-limite e a discricionariedade total não pode existir, já que sempre estará cerceada pela legalidade e finalidade do ato que originar. A discricionariedade precede a prática do ato ou de qualquer atividade administrativa sujeita a um juízo de conveniência e oportunidade não previamente determinado.

14 Para Diógenes Gasparini (1995:88), “há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz o interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público”.

15 A doutrina italiana (SERIE MANUALI GIURIDICI, 2000:380) salienta que o princípio da Legalidade pode ser analisado mediante diferentes intensidades, conforme a Lei: i- baixa, quando cada ato não é contrário à Lei; ii- média, quando cada ato seja positivamente fundado na Lei; e iii- forte, quando cada ato possua forma e conteúdo predeterminados na Lei. As leis, ao regularem certas situações, podem deixar margem de liberdade de apreciação para a Administração quanto: a) ao momento da prática do ato; b) à forma do ato (qual); c) ao motivo do ato (ação); d) à finalidade (reação); e e) ao conteúdo do ato (conteúdo).

Como se sabe, além dos referidos, existem outros princípios jurídicos e específicos do Direito Administrativo que norteiam o controle da discricionariedade administrativa, permitindo um amplo controle do conteúdo do ato administrativo discricionário. Contudo, o presente artigo restringiu-se aos supramencionados pelo fato de serem suficientes para sustentar o contexto desse item, não significando nenhuma definição de importância ou hierarquia, já que dentro do sistema normativo um decorre do outro e todos se completam mutuamente.

CONCLUSÃO

Em suma, a Lei de Improbidade Administrativa, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, dano ao erário e atentado contra princípios, é aplicável, também, àquele que, em virtude do poder discricionário que lhe foi concedido, causou tais prejuízos à Administração Pública Direta ou Indireta.

Considerando que o poder discricionário é a margem de responsabilidade do administrador em eleger um comportamento cabível perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação do objetivo legal, não se pode perdoar juridicamente o administrador dos efeitos do seu ato, especialmente se alcança algumas das hipóteses previstas na LIA.

Ao exercer sua função, o administrador interpreta e decide, por exemplo, valendo-se da axiologia e da teleologia, com todas as condições de examinar e racionalizar sobre o conteúdo do ato administrativo discricionário. Assim, responde pelos danos causados pela má decisão, uma vez que o ato deve ser praticado, sempre, com finalidade pública, sendo esta identificável materialmente.

Sustentar o direito subjetivo do administrador de definir aqueles conceitos que representam a discricionariedade administrativa é negar o sistema legal, formal, democrático e com repartição de poderes. É, ainda, defender a tese de um ordenamento com uma única norma: tudo que o soberano decidir é obrigatório acatar e se essa ação ou omissão atingir alguma das hipóteses previstas na LIA, em especial o previsto nos artigos 10 e 11, é escusável.

Assim, a margem de liberdade conferida à Administração, conforme verificado pelo conteúdo do ato administrativo discricionário, deve ficar dentro de limites da própria norma específica (“controle interno”) e do ordenamento jurídico (“controle externo”) como um todo, constituindo o gênero ato administrativo (categórico ou discricionário) sob três elementos essenciais: legalidade, finalidade, e legitimidade.

Dessa forma, o administrador só poderá agir de acordo com a lei e o ordenamento em vigor, não havendo escolha nesse tocante, mas um único caminho a ser seguido. A liberdade de escolha é característica para quem atua na esfera privada, não na pública. Aliás, esse é um paradigma a ser resgatado em algumas administrações, que, pela falta de aplicação do ordenamento e de seus comandos formais, estão se tornando extensão da esfera privada para aqueles que ocupam as funções públicas.

Conforme exposto no presente artigo, tem-se como certo atualmente que para caracterização do ato de improbidade, deve ser comprovada a desonestidade na conduta do agente público, mediante a qual este enriquece ilicitamente ou obtém vantagem indevida, sendo imprescindível a análise do elemento subjetivo. Não concordamos com esse limite subjetivo, pois qualquer ato discricionário praticado que não aquele único e perfeito para o caso concreto, fora dos limites legais impostos por normas e princípios, poderá, sim, sujeitar o administrador, nos termos da LIA:

- (i) Se resultar em enriquecimento ilícito, à perda dos bens ou valores acrescidos 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;
- (ii) Ao ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano, se o ato praticado resultar em dano ao erário;

- (iii) Ao ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos e pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, se o ato atentar contra os princípios da Administração Pública.

Cabe ressaltar que limitar um ato discricionário não é invadir a liberdade da Administração. O administrador não tem liberdade para agir discricionariamente, uma vez que não pode tomar qualquer caminho, mas apenas o mais eficaz e materialmente perfeito para atender ao interesse público.

É oportuno ponderar que a liberdade aqui referida somente é ampla na esfera privada. Na esfera pública, a liberdade é restrita e o abuso dela condenável, pois ao conceder liberdade para a Administração decidir, por exemplo, qual cor deve ser aplicada em uma parede não significa aquela liberdade privada, mas uma liberdade cujo resultado deve encontrar sustentação material dentro do ordenamento.

Nesse contexto, a discricionariedade administrativa é uma faculdade que a norma jurídica, via Poder Legislativo, confere à Administração para apreciar o caso concreto e definir uma dentre várias alternativas aquela que seja a mais adequada e única naquela situação concreta, segundo os critérios de oportunidade e conveniência da ação em relação à situação material concreta, e não em relação ao entendimento do Administrador.¹⁶

A aplicação da norma jurídica deve, destarte, encontrar-se em consonância com seu objetivo, caso contrário, se a decisão do administrador auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida e/ou causar lesão ao erário ao agir ou omitir-se, dolosa ou culposamente, ensejando perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres em razão de seu exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade às

16 Assim, pelo exame da justificação da discricionariedade administrativa, segundo Di Pietro (1991:47), “já ficou implícita a ideia de que o seu *fundamento* se encontra no ordenamento jurídico positivo; é a própria lei que deixa ao administrador espaço para apreciação discricionária; trata-se de decorrência do princípio da legalidade. Longe está o tempo em que a discricionariedade era vista como poder puramente político”.

entidades da Administração Pública Direta e Indireta e/ou, ainda, atentar contra os princípios da Administração Pública, seja por qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, ele estará sujeito às sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

Em suma, a atuação do administrador precisa ser separada da atuação pessoal de quem ocupa esse cargo. A qualidade axiológica que está presente na norma constitucional condiciona, também, a conduta da Administração em relação aos fins e modos de atuação, podendo configurar uma atuação improba se não observados os limites do ato discricionário. Boas intenções que não atendam às necessidades da população de forma eficaz e falhas ou vícios nos atos praticados devem ser tratados como desvios de finalidade em sentido amplo, incorrendo o administrador nos termos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade.

Ademais, vale lembrar que a possibilidade de se ter uma única resposta normativa correta diante do caso concreto não significa que ela agrada à totalidade da população. O núcleo do problema está em se definir uma posição conceitual em relação à norma e à sua aplicação diante do fato real que a antecede.

Assim, segundo a teoria preponderante, a LIA objetiva punir o agente público desonesto que agiu com dolo ou culpa, conforme os atos tipificados nos artigos 9º, 10 e 11, não pretendendo punir com suas severas sanções o administrador que é despreparado, inabilitado, incompetente ou desastrado que não agiu com má-fé. Como fica a análise judicial do ato discricionário abrangido pela LIA?

Apesar da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estar firme no sentido de que, para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a LIA, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10, essa culpa deveria ser examinada em sentido amplo, abrangendo inclusive o art. 11 pelos conceitos previstos na LIA e de responsabilidade funcional do cargo, quando o administrador age com fundamento no poder discricionário, em que pese classicamente o julgamento dessa culpa estar adstrita simplesmente à reprovação político-eleitoral.

REFERÊNCIAS

BORGES, Etevaldo de Oliveira. **Responsabilidade extracontratual do Estado por abuso de poder**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

BRASIL. Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União de 03/06/1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999. In REsp: 734984 SP 2005/0044974-2, Relator: Ministro José Delgado, Data de Julgamento: 18/12/2007, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: 16.06.2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AC nº 10460040148468002. 1ª Câmara Cível, Relatora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data de Julgamento: 03/09/2013, Data de Publicação: 12/09/2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1991.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

_____. **Tratado integral de los contratos administrativos**. Buenos Aires: Ediciones de Palma, vol. I, 1977.

FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Arbitrariedad y discrecionalidad**. Madrid: Civitas, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos difusos e coletivos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989. GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

GRIFFITH, Ernst S. Los fundamentos éticos del interés público. In: **El interés público**. Cood. Carl Friedrich. México: Editorial Roble, 1967.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade – II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

MANUALI GIURIDICI, Série. **Istituzioni di diritto pubblico**. 11^a ed., Napole: Edizione Giuridiche Simone, 2000.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle judicial dos atos administrativos**. In: Revista de direito público. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 27^a edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da Discricionariedade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Atica, 1962.

RODÓ, L. Lopes. **O Poder Discricionário da Administração – Evolução Doutrinária e Jurisprudencial**. In: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1954.

Recebido em 08/05/2014.

Aprovado em 15/09/2014.