



VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA NECESSÁRIA
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DIANTE DA LEI FEDERAL

14.320/2021¹

VIOLATION OF PRINCIPLES AND ADMINISTRATIVE IMPROBITY: A NECESSARY INTERPRETATION
ACCORDING TO THE CONSTITUTION BEFORE BRAZILIAN FEDERAL STATUTE 14.320/2021

Felipe Gustavo Gonçalves Caires²
<https://orcid.org/0009-0003-3569-8867>

Henrique da Rosa Zieseimer³
<https://orcid.org/0000-0001-6463-5222>

Recebido em: 31 mar. 2023
Aceito em: 11 abr. 2023

Como citar este artigo: GUSTAVO GONÇALVES CAIRES, F.; DA ROSA ZIESEMER, H. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DIANTE DA LEI FEDERAL 14.320/2021: VIOLATION OF PRINCIPLES AND ADMINISTRATIVE IMPROBITY: A NECESSARY INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION BEFORE BRAZILIAN FEDERAL STATUTE 14.320/2021. **Revista Visão: Gestão Organizacional**, Caçador (SC), Brasil, v. 12, n. 1, p. 148–171, 2023. DOI: 10.33362/visao.v12i1.3101. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/visao/article/view/3101>.

Resumo: Este artigo pretende demonstrar a necessidade de adotar-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para que a definição dos atos de improbidade administrativa por violação de princípios da Administração Pública, trazida pela nova Lei de

¹ Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, na Pós-Graduação Lato Sensu em Direitos Difusos e Coletivos, da Universidade do Vale do Itajaí-SC (UNIVALI), em novembro de 2022.

² Pós-graduando em Direitos Difusos e Coletivos, pela Universidade do Vale do Itajaí-SC. Pós-graduado em Criminologia, pela UNIMONTES. Graduado em Direito, pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) desde 2001 e ex-professor da graduação em Direito, na Universidade Estadual de Montes Claros/MG (UNIMONTES). E-mail: fcaires@mpmg.mp.br.

³ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica, pela UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo, pela UNIVALI e Processo Penal, pela CESUSC. Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC), desde 2004. Professor da Escola do MPSC, da Escola da Magistratura do Paraná e de diversos cursos de pós-graduação. Membro do Grupo de Trabalho do CSMP, para aprimoramento da atuação do MP brasileiro na tutela dos direitos difusos e coletivos. E-mail: henry-sc@uol.com.br.

Improbidade Administrativa, abranja condutas funcionais de agentes públicos consideradas crimes dolosos, de modo que, a um tempo só, não se desfigure a proteção conferida pela Constituição Federal à probidade e à moralidade administrativas tampouco se prejudiquem a segurança e previsibilidade jurídicas objetivadas pela nova legislação.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa. Moralidade administrativa. Princípios constitucionais da Administração Pública. Improbidade por violação de princípios. Lei Federal 14.230/2021. Interpretação conforme a Constituição.

Abstract: This article intends to demonstrate, from a constitutional approach, the necessity to implement the technique known as ‘interpretation in accordance to the Constitution’ to ensure that the constitutional protection afforded to administrative probity and morality, including the protection against crimes perpetrated by public employees or administrators, does not fade away, or even does not be obliterated, especially after the recent new Brazilian Anticorruption Statute in Public Affairs has re-defined and restrained the concept of acts of misconduct in public sector which seriously violate constitutional principles of public management.

Keywords: Administrative improbity. Administrative morality. Constitutional principles of public administration. Misconduct for violation of principles. Federal Statute 14.230/2021. Interpretation according to the Constitution.

INTRODUÇÃO

Em 26 de outubro de 2021 foi publicada e entrou em vigor no Brasil a Lei Federal 14.230. Profundas alterações foram feitas pela mesma na Lei de Improbidade Administrativa (LIA - Lei Federal 8.429/92), então com quase trinta anos de vigência.

A nova legislação foi anunciada pelos parlamentares que a apoiaram como avanço necessário para evitar processos judiciais temerários e punições desproporcionais.

Além de medida importante para aumentar a segurança/previsibilidade jurídica dos atos de gestão tanto para os administradores públicos como para o “mercado”, isto é, os contratantes com o Poder Público.

No entanto, a nova redação de alguns dispositivos da LIA gerou preocupações entre instituições e entidades dedicadas à proteção da probidade administrativa, as quais apontaram dificuldades, ou até mesmo inviabilidade prática, de exercerem seu papel, caso implementadas algumas mudanças trazidas pela nova legislação.

É o caso das alterações feitas na conceituação dos atos de improbidade administrativa violadores dos princípios da Administração Pública.

Houve drástica alteração no artigo 11 da Lei Federal 8.429/92, dispositivo daquela legislação que trata do tema, sendo talvez a principal delas a mudança do rol das hipóteses configuradoras de improbidade por violação de princípios.

Impõe-se então analisar se tais modificações são compatíveis com os comandos

oriundos da Constituição Federal quanto à defesa da probidade e da moralidade administrativas.

Fazendo-o, sempre que possível, de modo a preservar a vontade do legislador sem desprezar preceitos constitucionais.

Este é o objetivo deste artigo.

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como verso e reverso de uma mesma moeda, não se pode compreender o que seja probidade administrativa caso não se investigue o que se entende pelo seu antípoda, vale dizer, por improbidade administrativa.

Numa imagem, quem não investiga as trevas não pode tentar compreender o que seja a luz.

Neste ponto, importante ainda distinguir o conceito vernacular do conceito jurídico de improbidade administrativa. Afinal, muitas vezes palavras que possuem determinado sentido vernacular ostentam significação jurídica diferente.

Requisitar no português corrente é solicitar ou pedir. Juridicamente, é determinar ou ordenar. Nu proprietário, na língua corrente, seria um senhorio despido de suas vestes. Juridicamente é alguém desprovido dos poderes de usar e fruir do bem do qual, contudo, permanece com o domínio. Legalmente, nem sempre quem pratica novamente um crime pode ser chamado de reincidente. E por aí vai.

Ora, a lei pode atribuir a certas palavras ou expressões sentidos diversos daqueles utilizados no linguajar corrente. E, quando isto sucede, o operador do Direito não pode sobrepor a significação conferida pelo vernáculo ao sentido dado pela lei. O dicionário não revoga normas jurídicas, apenas ajuda a interpretá-las.

Não se desdiz nos tribunais o sentido de termos jurídicos definidos na legislação apenas pelo fato de eles não corresponderem ao sentido empregado no idioma corrente.

Entre os conceitos jurídicos de improbidade administrativa existentes na doutrina, pela sua singeleza e precisão, destaca-se o de Osório⁴: “espécie de imoralidade administrativa qualificada, [...] sinônimo de desonra do homem público”.

Adota-se tal conceito neste trabalho, já que a “imoralidade administrativa qualificada”

⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 85.

e a “desonra” destacam a nota distintiva que deve existir no ato administrativo para que ele possa ser caracterizado como ato ímprobo, seja qual for sua modalidade (atos causadores de enriquecimento ilícito, atos geradores de prejuízo ao erário ou atos violadores dos princípios da administração pública).

Chama-se, desde logo, a atenção para um fato. É verdade que tal conceito exclui da pecha de ímprobo o administrador meramente inapto.

Porém, não menos verdadeiro é que referido conceito inclui entre os potencialmente ímprobos não só os desonestos, já que há muitas maneiras de ser altamente imoral no trato da coisa pública sem ser necessariamente desonesto.

Diversos crimes (pedofilia, assédio sexual, descumprimento doloso de ordem judicial, tortura, entre outros), quando praticados no exercício ou a pretexto do exercício de uma função pública, escancaram esta conclusão.

Há que se revisitar, portanto, as consequências de um famoso julgado do STJ⁵, via de regra mal compreendido, pois, ainda que a lei anterior e a atual LIA certamente não pretendam punir o administrador meramente inapto, ambas sempre pretenderam punir o agente público altamente imoral, ainda que não seja desonesto. Em poucas palavras, a lei alcança o administrador desonesto, *mas não só ele*.

Enfim, ainda que no idioma corrente improbidade indique um comportamento desonesto ou corrupto, no ordenamento jurídico brasileiro nem sempre existe esta relação mutuamente inclusiva encontrada no vernáculo. Esta observação será retomada mais à frente já que crucial para o raciocínio desenvolvido neste artigo. Há que se estabelecer, contudo, que o fenômeno da corrupção vai muito além do campo da improbidade.

MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Ora, se a imoralidade qualificada, haja desonestidade ou não, é a nota distintiva da improbidade administrativa, em quaisquer das modalidades em que ela se apresente (enriquecimento ilícito, dano ao erário, violação de princípios), inviável prosseguir no estudo da improbidade administrativa sem refletir, ainda que brevemente, sobre o conceito de moralidade jurídica.

Dois ensinamentos fundamentais para tal reflexão: moralidade jurídica não se confunde com moralidade comum nem se resume à legalidade do ato administrativo.

⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido. (Resp 213994/MG, 1ª. T, j. 17.08.99, DJ 27.09.99, p. 59).

Neste sentido, Bobbio⁶ recorda que a norma jurídica, diferentemente da moral, é aquela norma cuja execução, em sua maioria, é “garantida por uma sanção externa e institucionalizada”, enquanto, o juriconsulto Paulo já dizia (Digesto, 50, 17, 144) que “nem tudo que é lícito é honesto”.

Lenza⁷ sintetiza, enfim, o conceito de moralidade administrativa: “boa-fé, sinceridade, probidade, lhaneza, lealdade e ética” no comportamento da Administração Pública, atributo de conteúdo jurídico que não se resume, mas transcende à pura e simples legalidade do ato administrativo.

Osório⁸ recorda a ligação entre imoralidade administrativa e improbidade em ensinamento fundamental para o prosseguimento destes estudos: “Toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa”.

Paulino e Gualtieri⁹, estabelecendo a ligação entre a defesa da probidade, a moralidade e os princípios, assunto do próximo tópico, afirmam que a importância do princípio da moralidade é tamanha que este é “a base principal de sustentação de todo o sistema de proteção à probidade”.

Prosseguem tais autores afirmando que a moralidade atua como “norte para os demais princípios”, isto é, como princípio dos princípios na defesa da probidade administrativa.

A moralidade administrativa, como condicionadora da legitimidade e validade de quaisquer atos estatais em todas as instâncias do poder, é um valor da ético-jurídico derivado da ética republicana por qual todos, inclusive legisladores e magistrados, devem velar. Eis o ensinamento do STF da ADI 2661/MC¹⁰ da relatoria do Ministro Celso de Mello:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade (...). **O princípio da moralidade administrativa - Enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico - Condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa.** Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos

⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 4. ed. Brasília: EDUNB, 1994, p. 27 e 29.

⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1279.

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. p. 89.

⁹ CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; PAULINO, Galtienio da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; JÚNIOR, Octahydes Ballan (organizadores). **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social. São Paulo: Editora Juspodium, 2022, p. 142.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.661 MC, Relator: Ministro Celso de Mello. Pleno. Julgado em 05.06.2002. Publicado no DJ em 23.08.2002, p. 70.

agentes e órgãos governamentais (grifou-se).

Em se tratando de Administração Pública, há que se estabelecer parâmetros mais objetivos, mormente em razão do princípio da legalidade, o qual toda a máquina estatal está sujeita. A tentativa, apesar de válida e de ser emanada da Corte Suprema está longe de conferir a solidez perseguida nesta temática, porquanto ainda assim se traduz em valores cuja hermenêutica é dotada de subjetividade e permeada por princípios, sendo um desafio de se estabelecer regras de caráter objetivo. De qualquer modo, a ementa em destaque constitui sim um avanço do ponto de vista logístico administrativo.

REGRAS X PRINCÍPIOS

Estabelecido, para fins deste estudo, que improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada, por vezes, mas nem sempre indicativa de desonestidade, embora via de regra caracterizadora de desonra grave, cumpre investigar a resposta dada pelo Direito brasileiro para que esta imoralidade jurídica qualificada seja coibida e, quando praticada, reprimida.

A resposta dada pelo Direito é a mesma de sempre: criar normas para desestimular e punir tais comportamentos. As normas, como se sabe, podem ser divididas em regras e princípios. Diferenciemos umas dos outros.

Conforme os ensinamentos de Canotilho¹¹, os princípios possuem grau de abstração maior dos que as regras, são mais vagos e indeterminados, carecendo assim de mediações concretizadoras para serem aplicados.

São ainda fundamentais enquanto fontes do direito e vinculam-se à ideia de Justiça ou de Direito, ao passo que as regras podem ser meramente funcionais.

Além do mais, prossegue aquele autor, princípios são normogénéticos, isto é, são fundamentos das regras: estão na base e constituem a *ratio* das regras jurídicas.

A doutrina ainda aponta, inspirada nas lições de Alexy¹², para a característica de que os princípios encerram “mandamentos de otimização”, já que determinam que algo seja realizado “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ao passo que as regras “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”, pois, “se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos”.

Este breve esforço distintivo entre regras e princípios é importante no decorrer deste trabalho para que se cheguem a duas conclusões acerca da opção do constituinte ou do

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1160-1161.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

legislador de escolherem para proteger a probidade administrativa *também* a espécie normativa dos princípios em vez de fazê-lo apenas por regras.

A primeira conclusão: como os princípios são normogênicos, violar um princípio é considerado pelo ordenamento jurídico mais grave que violar regras. Trata-se de golpear uma das raízes da árvore do ordenamento, agressão sem dúvida mais grave que simplesmente cortar um dos ramos de seus galhos.

Mello¹³ proferiu ensinamento lapidar sobre o tema:

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.

Logo, ao elencar também princípios para proteger a probidade administrativa, o constituinte e o legislador reconhecem que a violação daquele bem jurídico, longe de ser ilícito de bagatela, é algo que compromete gravemente o ordenamento jurídico como um todo.

Em verdade, defender a probidade administrativa não por quaisquer princípios, mas sim por princípios *constitucionais*, é reforçar a chamada força normativa da Constituição, vale dizer, o ensinamento de Konrad Hesse segundo o qual, nas palavras de Canotilho¹⁴, “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se dar prevalência aos pontos de vista que [...] contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”.

É dizer: defender a probidade administrativa por princípios constitucionais é, em última análise, determinar que isto seja feito, como sucede com qualquer norma constitucional, com a máxima efetividade possível, jamais de uma forma claudicante.

A segunda conclusão: proteger bens jurídicos, como a probidade administrativa, por meio de princípios significa reconhecer que não é possível antever todas as possíveis situações em que aquele bem jurídico estaria ameaçado para limitar sua proteção a um conjunto de regras preestabelecidas.

Paulino e Gualtieri¹⁵ são cirúrgicos neste ponto ao lembrarem que “a adoção dos princípios em um ordenamento jurídico é justamente para proporcionar agilidade e adequabilidade das normas à dinâmica social, em constante mutação, visto que é impossível prever todas as condutas socialmente inadequadas”.

¹³MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 748.

¹⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 229.

¹⁵CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; PAULINO, Galtieni da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; JÚNIOR, Octahydes Ballan (organizadores). **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social. São Paulo: Editora Juspodium, 2022, p. 141.

Prosseguem aqueles autores, transcrevendo o ensinamento de Garcia¹⁶, salientando que a opção do constituinte por elencar uma série de princípios a serem observados no âmbito da Administração Pública levou em consideração a necessidade de estabelecer “preceitos que permitissem a imediata subsunção, e conseqüente coibição, de todos os atos que violassem os princípios condensadores dos deveres básicos dos agentes públicos”.

No Brasil, no desenho constitucional da Carta de 1988, o combate aos atos de improbidade iniciou-se com o elenco de princípios aos quais deveria se conformar a atuação da Administração Pública e, apenas depois, criaram-se na legislação infraconstitucional regras para detalhar sua proteção.

É o que se verá no tópico adiante.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E REGRAS CRIADAS PARA

PROTEGER A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

O caput do artigo 37 da Constituição Federal elenca¹⁷ no direito brasileiro os princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), assim definidos por Silva¹⁸:

Diversos princípios gerais destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a boa administração, que se consubstancia na correta gestão dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas.

Postos estes princípios, o próprio constituinte previu nos diversos incisos e, sobretudo, no parágrafo 4º do mesmo artigo 37¹⁹ a utilização de outra espécie normativa – as regras – para detalhar o modo pelo qual a proibidade administrativa seria defendida.

Assim, não por acaso, mas sim atendendo ao comando constitucional para que fosse criada, veio a lume em 02/06/1992 a chamada Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429/92), cujas profundas alterações advindas da Lei 14.230/2021 são objeto de debate neste estudo. A chamada lei de improbidade administrativa surge em um contexto, onde a redemocratização brasileira apontava para a correção de desvios identificados e ocorridos no

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412.

¹⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁹ [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, *na forma e gradação previstas em lei*, sem prejuízo da ação penal cabível.

âmbito do poder público. Foi uma verdadeira guinada na forma de tratar atos de corrupção no setor público, desde seu enquadramento, passando pelo processo e ulterior punição. Não por acaso, mas justamente por conta de seu próprio propósito, a lei 8.429/92 foi vista com muita desconfiança e alvo, ao longo de décadas, de diversas tentativas de enfraquece-la e limitar seu alcance, até fatídica lei 14.230/2021.

Contudo, seja antes, seja depois de sobreditas alterações, a LIA já classificava e continua classificando os atos de improbidade administrativa em três espécies²⁰ para em seguida disciplinar sua caracterização e reprimenda.

Atos que acarretam enriquecimento ilícito (artigo 9º). Atos que importam dano ao erário (artigo 10). Atos violadores dos princípios da administração pública (artigo 11).

Chama a atenção uma aparente contradição.

Ao elencar as situações em que o ato ímprobo causava enriquecimento ilícito (artigo 9º) ou lesão ao erário (artigo 10), tanto na redação anterior como na atual da Lei Federal 8.429/92, o legislador utilizou-se e utiliza-se do advérbio “notadamente”.

Logo, foi e continua sendo explícito ao dizer que o fazia de maneira enunciativa, sem qualquer pretensão de criar um rol taxativo de hipóteses.

No entanto, na redação atual da LIA dada pela Lei Federal 14.230/2021, ao elencar as situações em que haveria violação de princípios (artigo 11), o legislador suprimiu o advérbio “notadamente” existente na redação anterior.

E, substituindo-o pela expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas”, aparentemente restringiu a um pequeno grupo de ações e omissões a que fez menção o conjunto de comportamentos que poderiam ser considerados atos de improbidade violadores de princípios.

Ora, como já visto, princípio é uma espécie normativa, de caráter orientador, utilizada para coibir e reprimir condutas que não podem ser todas elas previstas com antecedência.

Trata-se de técnica jurídica empregada, no dizer de Pinheiro²¹, “em inúmeras outras situações da vida concreta que somente uma tipificação aberta pode contemplar, dada a criatividade humana quando quer praticar malfeitos”.

Sendo assim, como pretender concretizar princípios por meio de uma regra que os considera violados apenas em hipóteses taxativas?

Avancemos no estudo desta aparente *contradictio in terminis* entre a defesa dos

²⁰ A redação da Lei 8429/92 anterior à Lei 14.230/21 previa no antigo artigo 10-A uma modalidade de improbidade consistente na ‘concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário’, a qual, em verdade, poderia ser considerada espécie de improbidade causadora de lesão ao erário ou, por vezes, de enriquecimento ilícito, vale dizer, não se tratava ontologicamente de uma quarta espécie de ato de improbidade.

²¹ PINHEIRO, Igor Pereira. ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Leme-SP: Mizuno, 2022, p. 55.

princípios da administração pública e a pretensa taxatividade de condutas que os vulnerariam.

IMPROBIDADE E VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

ARTIGO 11 DA LEI FEDERAL 8.429/92 ANTES E DEPOIS DAS MODIFICAÇÕES DA LEI FEDERAL

14.230/2021

Eis a redação anterior do artigo 11 da Lei de Improbidade:

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.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei no. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Após a publicação em 26/10/2021 da Lei Federal 14.230/21, o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) passou a vigorar com nova redação (modificações de maior interesse para este trabalho em negrito):

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, **caracterizada por uma das seguintes condutas:**

I e II - (revogados);

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado;

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei;

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício

próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

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;

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX e X - (revogados);

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos.

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público **o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.**

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei **e em leis especiais** e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem **lesividade relevante** ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente (grifou-se).

Numa primeira leitura do novo artigo 11, eliminaram-se diversas condutas exemplificativas nele antes listadas, como o desvio de finalidade (antigo inciso I), a omissão dolosa de ato de ofício (antigo inciso II) e o desrespeito aos requisitos de acessibilidade (antigo inciso IX)²².

²² ZIESEMER recorda neste ponto que a obrigação de promover a inclusão das pessoas com deficiência, além de derivar do fundamento constitucional da dignidade humana, “transcende as fronteiras nacionais” e decorre de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na Convenção de Nova Iorque de 30/03/2007, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008 e promulgada pelo Decreto 6949/2009. Confira-se em ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Interesses Difusos e Coletivos**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2021, p. 265-269. Aliás, recorda-se que se trata do primeiro documento internacional de direitos humanos que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional (e não apenas como norma supralegal), motivo pelo qual a revogação do antigo inciso IX do artigo 11 da Lei de Improbidade adquire contornos de agressão à própria constituição brasileira.

Passou-se aparentemente ainda a exigir que apenas aquelas condutas mantidas ou acrescidas expressamente no seu texto – agora suposto rol exaustivo – pudessem doravante ser considerados atos de improbidade administrativa violadores dos princípios da Administração Pública.

Também se passou a exigir que houvesse “dolo específico” e “lesividade relevante” para configuração da improbidade administrativa por violação de princípios.

E ainda se proibiu, no artigo 12, III, de aplicar as sanções de perda da função pública, suspensão de direitos políticos ou de proibição de contratar com o Poder Público ao agente público que praticar improbidade administrativa por violação de princípios.

CONDUTAS CRIMINOSAS DOLOSAS DE AGENTES PÚBLICOS VIOLADORAS DE PRINCÍPIOS, MAS NÃO PREVISTAS EXPRESSAMENTE NA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É dizer: a leitura apressada, literal e pouco sistêmica da nova redação do artigo 11 da Lei Federal 8.429/92, sobretudo sem prestar-se a devida obediência aos comandos constitucionais, poderia levar à uma conclusão inusitada e quase surrealista.

A conclusão de que, caso não ensejem enriquecimento ilícito ou dano ao erário, comportamentos dolosos antes e ainda considerados criminosos, quando advindos de agentes públicos, apenas constituem atos de improbidade violadores de princípios se expressamente previstos no rol aparentemente taxativo do novo artigo 11.

Do contrário, ainda segundo esta exegese precipitada e nada holística, seriam tais comportamentos crimes (*plus*) mas paradoxalmente deixariam de ser atos de improbidade (*minus*), em verdadeiro atentado à toda lógica do Direito Sancionador e, em particular, da subsidiariedade/fragmentariedade do Direito Penal (*ultima ratio*).

Como adverte Pinheiro²³, tal conclusão geraria situações teratológicas:

Imaginemos as hipóteses de tortura policial, abuso de autoridade, perseguição política, adversários em ano eleitoral, prevaricação, condescendência criminosa, concessão fraudulenta de licenciamento ambiental e outros ilícitos que deixaram de configurar atos de improbidade administrativa com o estabelecimento desse rol taxativo e a revogação dos incisos I e II do artigo 2º da Lei no. 8.429/92, mas que continuam a representar crimes específicos e graves.

O próprio Poder Judiciário teria doravante a autoridade de suas decisões severamente comprometida vez que, a prosperar este entendimento da suposta taxatividade do rol do artigo

²³ PINHEIRO, Igor Pereira. ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. p. 55.

11, descumprir o agente público dolosamente ordens judiciais, ainda que do Supremo Tribunal Federal, deixaria de ser ato de improbidade administrativa.

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS MODIFICAÇÕES NO ARTIGO 11

MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO

Por vezes o constituinte prevê no próprio texto constitucional a proteção a certos direitos fundamentais sem ordenar ao legislador que a detalhe. E, por vezes, traça as diretrizes desta proteção determinando ao legislador que a complemente. Nesta última situação está-se diante dos chamados mandados constitucionais de proteção.

Cerqueira²⁴ discorre sobre o tema e conclui tratar-se de imperativos constitucionais que determinam ao legislador infraconstitucional proteger determinados direitos considerados fundamentais, caso da probidade administrativa.

Exemplo desta realidade é a proteção dos consumidores.

Prevista como dever fundamental do Estado no artigo 5º, XXXII da CF, logo, também considerada direito fundamental daquela coletividade de vulneráveis, além de princípio da ordem econômica (artigo 170, V da CF), o constituinte determinou ao legislador (artigo 48 do ADCT) que elaborasse um “código de defesa do consumidor” para concretizá-la.

Outros exemplos de comandos do constituinte para que o legislador proteja direitos fundamentais são encontrados na defesa do meio ambiente (CF, artigo 225) e na proteção da infância e da juventude (CF, artigo 227).

Da mesma maneira sucede com o direito difuso à probidade administrativa.

É direito fundamental, seja como consectário lógico do direito à moralidade administrativa consagrado no artigo 5º, LXXIII da CF, seja como categoria autônoma dela decorrente prevista nos artigos 14, §9 e 15, V da Carta da República.

O constituinte, após elencar no caput do artigo 37 os princípios da Administração Pública que serviriam de normas-guia para esta proteção, foi claro ao determinar ao legislador que detalhasse o modo de fazê-lo mediante um conjunto sistematizado de regras (lei) que não se apartasse daqueles princípios, claro, e que também observasse certos parâmetros mínimos de proteção previstos no artigo 37, §4 da Constituição brasileira:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento

²⁴ CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; PAULINO, Galtieni da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; JÚNIOR, Octahydes Ballan (organizadores). **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social. p. 26 e 27.

ao erário, **na forma e gradação previstas em lei**, sem prejuízo da ação penal cabível (grifou-se).

É neste contexto de norma criada por determinação do constituinte para que se protegesse a probidade administrativa que quaisquer alterações da LIA devem ser analisadas.

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO

RETROCESSO

O legislador pode muito, mas não pode tudo. Ao formular as leis, além de observar suas competências e todo o rito do processo legislativo (constitucionalidade formal), deve ele obedecer ao conteúdo da Lei Maior (constitucionalidade material), bem como a observância de obrigações assumidas no plano internacional.

Cabe principalmente ao Poder Judiciário, inclusive em respeito à democracia e ao voto daqueles que elegeram os constituintes originários e derivados, garantir que as leis ordinárias não insultem a Constituição.

Neste sentido, a doutrina reconhece a existência de dois princípios que convergem para conter os abusos do poder de legislar: o *princípio da proibição da proteção deficiente* (ou insuficiente) e o *princípio da vedação do retrocesso*.

O **princípio da proibição da proteção deficiente** é descrito por Paulino e Gualtieri²⁵ como princípio por meio do qual se exige, diante de um dever de proteção, como a defesa dos direitos fundamentais, fixar-se um padrão mínimo de proteção que deve ser observado e promovido pelo Poder Público.

Isto em todas as esferas, sob pena de inconstitucionalidade, evitando que tais direitos sejam protegidos de maneira deficitária, o que ensejaria a violação desta faceta do princípio da proporcionalidade.

Já o princípio da vedação do retrocesso é apontado por Lenza²⁶ como princípio dirigido ao legislador no sentido de que, ao regulamentar os direitos constitucionalmente assegurados, sobretudo aqueles fundamentais, deve respeitar seu núcleo essencial, sendo-lhe vedado diminuí-los ou esvaziá-los (*effet cliquet*).

O Supremo Tribunal Federal invocou o primeiro princípio, conhecido em matéria de direitos sociais e direito ao meio ambiente, até mesmo no direito de família/sucessório para, em homenagem à dignidade da pessoa humana e à inexistência de hierarquias entre famílias

²⁵ CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; PAULINO, Galtieni da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; JÚNIOR, Octahydes Ballan (organizadores). **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social. p. 152-153.

²⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. p. 1089.

reconhecidas pela Constituição, censurar a proteção deficiente outorgada pelo Código Civil aos companheiros supérstites de uma de união estável:

Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, o CC/2002 produz lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. **Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados.** A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais (STF, Pleno, RE 878694 / MG, j. 10.05.2017, grifou-se).

Evidente, pois, que sobredito princípio pode e deve ser utilizado em qualquer área do Direito na qual algum abuso legislativo vulnere de maneira flagrantemente desproporcional a proteção que a Constituição conferiu ou determinou que se conferisse a algum bem jurídico.

O interesse difuso (assim interpretado à luz do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor²⁷) à probidade administrativa, como corolário do direito fundamental à moralidade administrativa previsto na Constituição Federal (artigo 5º, LXXIII e artigo 37, caput), além de categoria autônoma consagrada nos artigos 14, §9º e 15, V da Carta da República, também pode e deve ser defendido de abusos legislativos.

Pinheiro²⁸ esclarece que “isso significa dizer que o legislador não é onipotente para instituir um regime jurídico insuficiente ou retrógrado de combate à corrupção” e que, se o fizer, isto caracteriza “inconstitucionalidade clara pela violação do princípio da proporcionalidade”.

Também neste sentido, em síntese feliz de trabalho monográfico sobre o princípio da proibição da proteção insuficiente, Streck²⁹ assevera:

Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de "ir longe demais" (*Übermassverbot*), em contraponto com a proibição de "fazer muito pouco" (*Untermassverbot*), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes. Daí que "quando um direito é invocado como direito negativo a questão é saber se o legislador foi longe demais. Quando é invocado como direito positivo ou dever de proteção (*Schutzpflicht*); a questão é saber se ele fez muito

²⁷ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

²⁸ PINHEIRO, Igor Pereira. ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. p. 42.

²⁹ STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. São Leopoldo: UNISINOS (trabalho monográfico - mestrado), 2008. pág. 80-81. Disponível em: <http://btd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=721>. Acesso em: 14 nov. 2021.

pouco para proteger o direito ameaçado". Assim, só haverá a possibilidade de se reconhecer a proibição de proteção deficiente quando se estiver face a um dever de proteção, isto é, para explicar melhor, a *Untermassverbot* tem como condição de possibilidade o *Schutzpflicht*.

Souza Neto e Sarmento³⁰ lecionam no mesmo sentido:

Porém, no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem-estar coletivo. Hoje, compreende-se que o papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, e que ele ofende a ordem jurídica e a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, **mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou o faz de modo insuficiente**. Nesse contexto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição (grifou-se).

Quanto ao **princípio da vedação ao retrocesso**, tido como princípio implícito em nosso ordenamento constitucional, verifica-se que foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal para situações que demandavam uma atuação positiva do Poder Público, especialmente quanto aos direitos fundamentais sociais, consagrando-se como limitador das ações do Estado caracterizadoras de involuções desarrazoadas que agridem núcleo essencial dos direitos fundamentais resguardados pelo constituinte.

Sobredito princípio também é aplicável no combate à improbidade administrativa e nesta seara, inclusive, decorre de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e incorporados ao direito nacional com status de norma suprallegal.

Compromissos internacionais como a Convenção de Mérida³¹, em cujo artigo 65, no. 2 permite-se que os Estados signatários apenas adotem "*medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção*".

Ou a Convenção de Caracas³² cujo artigo 3º prevê que "*Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção [prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção], os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer*" também "*normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas*".

Como se repara dos comandos daquelas convenções e sintetiza Pinheiro³³ "só se

³⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 482.

³¹ Convenção da ONU contra a Corrupção, aprovada em 31/10/2003 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial 5.687 de 31/01/2006.

³² Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada em 29/03/1996 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial 4.410 de 07/10/2002.

³³ PINHEIRO, Igor Pereira. ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. p. 33.

admite que haja o reforço legislativo para combater a corrupção, mas nunca um afrouxamento voltado a excluir ou flexibilizar as normas anticorrupção”, sobretudo de normas “decorrentes diretamente de imposições constitucionais ou convencionais”.

Nesse ponto, convém ainda destacar a lição de Barroso³⁴:

Por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. (...) O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, **não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior**” (grifou-se).

Sobre a nova Lei de Improbidade e a proteção contra o retrocesso legislativo, mais uma vez Pinheiro³⁵ observa com precisão:

Imaginemos os casos (meramente exemplificativos) de tortura policial, perseguição política em ano eleitoral, peculato culposo, prevaricação, condescendência criminosa, concessão fraudulenta de licenciamento ambiental e outros ilícitos que deixaram de configurar atos de improbidade administrativa com a revogação dos incisos I e II do artigo 11, da Lei nº8.429/92, mas que continuam a configurar crimes específicos e graves.

Seria justo que os autores de atos com tal gravidade recebessem o beneplácito do arquivamento, mesmo seus comportamentos possuindo correlação criminal e administrativa, ou, na pior das hipóteses, ostentando o autor condenação criminal pelo fato correlato? Parece-me que não!

É preciso ter-se em conta que a tutela efetiva da probidade administrativa é decorrência lógica da ordem jurídico-constitucional de toda e qualquer República, já existindo manifestações doutrinárias e jurisprudenciais do direito difuso à probidade administrativa (tutelado como cláusula pétrea), de modo que estamos diante de uma suposta colisão de direitos fundamentais, não havendo razão para a solução a priori favorável aos condenados, processados e investigados por atos ímprobos, em detrimento dos interesses sociais subjacentes à punição dos infratores legais, que podem, inclusive, ostentar condenações criminais pelos mesmos fatos.

Como explicar a juridicidade, por exemplo, de alguém ser (ou poder ser) condenado na Justiça Criminal por um fato e, ao mesmo tempo, ter sua ação/investigação de improbidade administrativa correlata extinta exatamente pela aplicação irrestrita da “retroação mais benéfica da lei penal”. Seria uma contradição literal!

Enfim, evidente que agentes públicos que pratiquem crimes dolosos, no exercício ou a pretexto de suas funções públicas, não podem, por um capricho ou desatenção do Poder Legislativo, deixar de ser considerados agentes ímprobos, não só porque tais condutas são

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁵ PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Editora Mizuno. *E-book* disponível em: <<https://www.editoramizuno.com.br/nova-lei-de-improbidade-administrativa-anotada-e-comparada.html>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

criminosas, mas também porque aviltam a própria noção de moralidade e probidade administrativas, que são valores constitucionais protegidos (CF, artigos 37, caput, §4º; 5º, LXXIII; 14, §9º; 15, V).

Em arremate, ouça-se o magistério de Sarlet³⁶:

A proibição do retrocesso assume, portanto, feições de verdadeiro princípio constitucional implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade, segundo Lenza³⁷, é o mecanismo criado pelo constituinte originário para controlar, em sistemas de constituição rígida, os atos normativos infraconstitucionais, verificando sua adequação formal e material aos preceitos previstos na Lei Maior, garantindo-se assim a sua supremacia.

É dever de todos os juízes – e não apenas dos ministros do STF – proteger a Constituição. Os primeiros podem e devem fazê-lo nos casos concretos com os quais deparem naquilo que se convencionou chamar, na lição de Chimenti, Capez, Rosa e Santos³⁸, de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade:

O controle difuso também é denominado concreto, aberto, incidental, via de defesa e via de exceção, já que por seu intermédio **qualquer juiz ou tribunal** que estiver analisando um processo pode deixar de aplicar ao caso concreto uma lei que considerar inconstitucional, de ofício ou por provocação de uma das partes (grifou-se).

Em verdade, de longa data vem a tradição do Direito Brasileiro de atribuir a todos os magistrados o dever de não aplicar leis manifestamente inconstitucionais. Bonavides³⁹ recorda que ela remonta à criação da Justiça Federal no ano de 1894:

A organização da Justiça Federal, mediante a Lei 221 de 20 de novembro de 1894, tem sido apontada por vários constitucionalistas como um importante passo dado em nosso sistema para a concretização ou implantação de um controle de constitucionalidade. Com efeito, determinava o §10, do art. 13 daquela lei, que **os juízes e tribunais “deixarão de aplicar aos casos correntes as leis manifestamente inconstitucionais”** (grifou-se).

Ao assim procederem, os magistrados garantem que a Constituição seja protegida de

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang: **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 371.

³⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. p. 239.

³⁸ CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 378.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 327.

leis inconstitucionais antes que a questão possa ser apreciada e julgada (o que pode levar anos), em sede de controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, quando aí sim a decisão do corte suprema terá efeitos vinculantes e *erga omnes*.

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Assim como os constituintes, originários e derivados, foram eleitos, logo, aquilo que fizeram constar da Constituição pode ser havido como manifestação do princípio democrático e da soberania popular, os legisladores ordinários também foram eleitos pelo mesmo povo para legislar, de modo que suas manifestações normativas devem ser respeitadas, sempre que for possível fazê-lo sem vulnerar a Constituição.

Firme neste pressuposto democrático, a doutrina desenvolveu uma metodologia de controle de constitucionalidade que procura, a um tempo só, preservar ao máximo a lei infraconstitucional sem ofender a norma constitucional: trata-se da chamada *interpretação conforme a constituição*.

Bonavides⁴⁰ assim a conceitua como técnica de interpretação das leis ordinárias segundo a qual “nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar, dentre suas exegeses possíveis, uma interpretação em harmonia com a Constituição e, ao assim ser interpretada, conservar seu sentido ou significado”.

Logo, sempre que possível, em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e do princípio da separação dos Poderes, o intérprete deve buscar no texto legal a exegese que o compatibilize com a Constituição Federal, caso sua leitura comporte alguma interpretação, dentre aquelas semanticamente possíveis, que preserve a lei sem ferir a Constituição.

Novamente Bonavides⁴¹ explica esta técnica de controle de constitucionalidade:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.
[...]

Tocante ao lado positivo do método, é de ressaltar a fidelidade que ele parece inculcar quanto à preservação do princípio da separação de poderes. Faz com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorizar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentença e acórdãos, mas tão-somente controla-lo, controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando, relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 518.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 518 e 520.

preferência para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a respectiva validade.

Barroso⁴² também discorre sobre esta técnica recordando seu principal objetivo: “preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como a atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais”.

Diante de tudo que foi colocado, é razoável sugerir que juízes e tribunais brasileiros, em sede de controle difuso de constitucionalidade, bem como o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, devam evitar que a Constituição Federal seja ferida de morte nos seus mandamentos de proteção da moralidade e da probidade administrativas.

E que podem fazê-lo, sem desrespeitar o mandato eletivo do legislador ordinário, tampouco sem violar a separação de poderes, simplesmente aplicando aludida técnica da interpretação conforme a Constituição.

Isto para declarar que a única exegese aceitável do novo artigo 11 da Lei de Improbidade seja aquela que considere atos de improbidade as condutas ali elencadas, as previstas na legislação especial⁴³ e sobretudo também aquelas consideradas crimes dolosos pela legislação em vigor.

A solução sugerida evita a perplexidade de que algo considerado crime deixe de ser considerado ato de improbidade e preserva os bens jurídicos constitucionais (proteção da moralidade e da probidade administrativas).

Tudo sem atentar contra a vontade do Parlamento, expressa em várias ocasiões por parlamentares ou setores⁴⁴ que apoiaram as mudanças na legislação, de alterar certos trechos da lei para aumentar a segurança jurídica (leia-se, previsibilidade das consequências jurídicas de suas condutas) dos gestores públicos e agentes do mercado contratados, além de evitar punições por comportamentos culposos (imprudência, negligência e imperícia), logo, desprovidos de má-fé.

Afinal de contas, a interpretação conforme a Constituição sugerida – considerar atos

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

⁴³ Como aquelas previstas na legislação eleitoral (condutas vedadas aos agentes públicos, Lei Federal 9504/97, artigo 73, §7), na legislação urbanística (Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257/2001, artigo 52), na chamada lei do conflito de interesses (Lei Federal 12.813/2013, artigo 12), entre outros diplomas especiais.

⁴⁴ Juristas (<https://www.conjur.com.br/2021-set-17/improbidade-debate-lei-improbidade-traga-maior-seguranca-juridica>), empresários (<https://cbic.org.br/nova-lei-de-improbidade-administrativa-nao-afrouxa-o-combate-a-corrupcao-e-promove-seguranca-juridica/>) e parlamentares (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/30/senado-vai-debater-revisao-na-lei-de-improbidade-administrativa>) defensores da nova legislação destacaram muitas vezes o desejo de que ela trouxesse mais segurança jurídica para o gestor público e para o mercado, evitando o suposto ‘apagão de canetas’ e o suposto afastamento da vida pública das pessoas íntegras que as supostas incertezas do texto anterior suscitariam. Acesso em: 16 nov. 2021.

de improbidade administrativa atentatórios dos princípios da Administração Pública aqueles previstos expressamente no artigo 11 da Lia, aqueles previstos em leis especiais *e também os crimes dolosos já previstos na legislação nacional* – não ameaça a segurança jurídica de nenhum gestor público ou investidor, pois todos sabem de antemão muito bem o que é e o que não é crime no Brasil, além de obviamente não ensejar a punição de quem quer que seja se não houver dolo no seu comportamento.

A exegese sugerida, por outro lado, não é contra *legem* (se fosse, restaria ao intérprete declarar inconstitucional toda a parte final do caput do artigo 11).

Afinal, o legislador não usou advérbios (exclusivamente, apenas ou somente) junto com a expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas” para impossibilitar a leitura de que crimes ou atos de improbidades constantes da legislação especial ali não expressamente mencionados deixaram de ser atos de improbidade.

Além disso, na própria redação atual do artigo 11 da Lei de Improbidade, há reconhecimento implícito de que as improbidades previstas na legislação especial continuam a existir:

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e **a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa** instituídos por lei (grifou-se).

No mesmo sentido, o artigo 1º, §1 da nova LIA prevê expressamente que continuam sendo atos de improbidade administrativas aqueles assim declarados pela legislação especial: “§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, **ressalvados tipos previstos em leis especiais**” (grifou-se).

Como se repara, existe espaço semântico suficiente para a interpretação conforme a constituição que ora se propõe.

Finalmente, por coerência sistêmica, em se reconhecendo que crimes dolosos continuam sendo atos de improbidade, mesmo que não acarretem danos ao erário ou enriquecimento ilícito, sugere-se aí sim o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma (artigo 12, III da LIA) que deixou de prever a possibilidade das sanções de suspensão dos direitos políticos, de perda da função pública e de proibição de contratar com o Poder Público aos condenados por ato de improbidade administrativa violador de princípios.

O cabimento destas sanções deve ser deixado para análise no caso concreto (no caso da tortura, quase sempre será cabível, no caso de outros crimes menos graves, nem sempre), até porque, se a Constituição Federal previu no artigo 37, §4º duas daquelas sanções (suspensão dos direitos políticos e perda da função pública) entre as passíveis de aplicação ao ímprobo, não pode o legislador infraconstitucional excluir aprioristicamente sua aplicação.

Muitas vezes, repita-se, a violação dolosa de princípios administrativos é gravíssima,

mesmo inexistindo enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

Ou será que o descumprimento reiterado, inescusável e doloso a uma decisão judicial, mesmo que emanada do Supremo Tribunal Federal e praticado por agente público, deixará de ser considerado ato de improbidade, apesar de continuar sendo considerado criminoso?

Ou será que a tortura, crime equiparado aos hediondos e mesmo caso seja novamente considerada ato de improbidade quando praticada por agente público, ensejará apenas multa civil na esfera da improbidade administrativa?

Ora, em Direito não se admitem interpretações que levem ao absurdo (*reductio ad absurdum*), como as resultantes de resposta positiva às indagações anteriores.

Enfim, ninguém, sobretudo o agente público, pode ser surpreendido pelo fato de ser considerado ímprobo aquilo que já era - e continua sendo - considerado criminoso pela legislação penal ou ato de improbidade pela legislação especial.

Tampouco o legislador pode se sentir aviltado pela interpretação sugerida vez que, semanticamente, ela é possível de ser realizada, além de consentânea com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em não retroceder no combate aos malfeitos na Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção à probidade e à moralidade administrativas não pode ser considerada questão de somenos importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se de direito fundamental previsto nos artigos 5º, LXXIII, 14, §9 e 15, V da Carta da República. Cuida-se ainda, conforme artigo 37, §4 da Constituição Federal, de comando expresso dado pelo constituinte ao legislador nacional.

Portanto, com fundamento nos princípios constitucionais da proibição da proteção deficiente e da vedação do retrocesso, é preciso que juízes e tribunais sejam provocados a aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição de modo a afastar a suposta taxatividade do rol do artigo 11 da nova LIA.

E que isto seja feito, no controle de constitucionalidade difuso e concentrado, reconhecendo-se nos chamados atos de improbidade administrativa violadores de princípios as condutas dolosas de agentes públicos que sejam consideradas criminosas.

Além daquelas modalidades de improbidade administrativa já previstas na legislação especial.

Mesmo que aqueles crimes ou aquelas condutas não gerem enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

Afinal, entre tais comportamentos existem condutas gravíssimas, como a tortura ou o

descumprimento doloso de ordem judicial, que eram e continuam sendo crimes, logo, que por coerência sistêmica não podem deixar de ser atos de improbidade.

Ademais, não se pode prever taxativamente algo (como a probidade administrativa) que também se pretendeu proteger por meio da criação de princípios, normas que pretendem coibir condutas variadas que nem sempre podem ser antevistas pelo legislador.

Mesmo se assim não fosse, como os crimes estão previstos em tipos penais, onde são taxativamente descritos, esta exegese em nada prejudica o alardeado objetivo da nova Lei de Improbidade de aumentar a segurança jurídica de gestores públicos e dos contratados pela Administração Pública (mercado), vez que todos sabem muito bem, com antecedência, o que é e o que não é crime doloso no país.

Não haverá engessamento da atividade administrativa ou afastamento de bons gestores da vida pública pela adoção desta interpretação.

Haverá, isto sim, cumprimento da Constituição, respeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, incentivo para que agentes públicos e empresários probos continuem a se interessar pelos negócios de Estado e, sobretudo, eloquente recado para que criminosos não se aproximem da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 4. ed. Brasília: EDUNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; PAULINO, Galtieni da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; JÚNIOR, Octahydes Ballan (organizadores). **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social**. São Paulo: Editora Juspodium, 2022.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Editora Mizuno. E-book disponível em: <<https://www.editoramizuno.com.br/nova-lei-de-improbidade-administrativa-anotada-e-comparada.html>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PINHEIRO, Igor Pereira. ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Leme-SP: Mizuno, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. São Leopoldo: UNISINOS (trabalho monográfico - mestrado), 2008. p. 80-81. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=721>. Acesso em: 14 nov. 2021.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Interesses Difusos e Coletivos**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2021.