

## 1.INTRODUÇÃO

No final do mês de agosto de 2020, diversos veículos de imprensa brasileiros noticiaram que a Subprocuradora-Geral da República, Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini, coordenadora da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal, enviou nota técnica ao Procurador-Geral da República, Augusto Aras, apontando algumas preocupações com o teor do Projeto de Lei n.º 10.887/2018 no que diz respeito ao combate da corrupção.

Dentre os pontos destacados na nota técnica, a coordenadora da Câmara de Combate à Corrupção do MPF referiu que “O substitutivo em apreço traz forte prejuízo ao combate à corrupção e à improbidade no país, com retrocessos materiais e processuais”. Salientou que “deixará de se considerar ato de improbidade a violação dos princípios da administração pública – isonomia, legalidade, impessoalidade e moralidade –, e só constituirá conduta ímproba a praticada com dolo e fim ilícito”. Acrescentou, ainda, que “reduzirá à metade – quatro anos – as penas de suspensão de direitos políticos e de inidoneidade para contratar com o Poder Público, e permitirá ao condenado que continue a exercer cargo público se tiver mudado de função”.

Conforme matéria jornalística produzida pelo Estadão, a Câmara de Combate à Corrupção sinalizou também que “com essa medida, pretende-se que somente improbidades administrativas de enriquecimento ilícito e lesão ao erário sejam merecedoras de punição, relegando à impunidade diversas condutas graves”. O mesmo parecer teria listado, por fim, “uma série de atos que deixariam de ser improbidade, como um agente público frustrar a licitude de um concurso por meio de favorecimento de candidato na correção da prova”, ou então “um agente penitenciário estuprar uma detenta sob sua custódia; e um agente usar documento falso para punir indevidamente um servidor em processo disciplinar”.

Portanto, diante da atualidade e da emergência do tema, entendemos que tal projeto legislativo, por propor uma mudança dessa magnitude, precisa ser minuciosamente analisado e debatido por todos os setores do pensamento jurídico, sendo urgente que a academia dê sua contribuição das seguintes formas: (a) explicando por que aqueles conceitos principiológicos foram inseridos no regime legal da Lei de Improbidade Administrativa; (b) destacando como tais princípios foram operacionalizados e interpretados ao longo das quase três décadas de vigência e aplicação da LIA; (c) como eles têm contribuído para a tutela jurídica da integridade na Administração Pública e, finalmente; (d) como a sua supressão do ordenamento infraconstitucional pode impactar o combate à corrupção.

Por questão de transparência, não podemos deixar de destacar, desde agora, que nossa hipótese aqui é justamente afirmar que a eliminação da necessidade de observância pelos agentes públicos aos princípios da publicidade, da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, conforme atualmente prevê o artigo 4º da LIA, acarretará profundo retrocesso no combate à corrupção. Contudo, por questão de responsabilidade teórica, é óbvio que não iremos nos furtar de realizar a análise mais ampla possível, examinando a questão em todos os seus aspectos identificáveis e, caso observemos eventual ganho nessa modificação, não deixaremos de apontá-lo.

Ao final, o que se espera é produzir uma pesquisa capaz de contribuir para o premente debate em torno dessa matéria e fornecer subsídios para que, tanto a comunidade jurídica, quanto a própria sociedade civil, possam discutir da forma mais abalizada possível as consequências que essa proposta de reforma legislativa pode trazer para o enfrentamento da corrupção e para a tutela jurídica da moralidade administrativa, da ética pública e do patrimônio institucional brasileiro.

## **2. CORRUPÇÃO OU IMPROBIDADE: QUAL CONCEITO É MAIS AMPLO?**

Para que, ao final, possamos responder de forma adequada se as mudanças propostas no texto original do Projeto de Lei n.º 10.887/2018 representam, ou não, um retrocesso no sistema de normas jurídicas destinadas ao *combate da corrupção* e não simplesmente ao *combate da improbidade*, precisamos, antes de mais nada, explicar por que tomaremos o primeiro conceito de forma mais ampla do que o segundo.

É importantíssimo frisar que uma parcela significativa da doutrina brasileira considera a improbidade uma categoria ético-normativa mais ampla do que a corrupção. E não faltam justificativas plausíveis para isso.

A principal delas, talvez, seja a de que muito embora um ato revelador de grave ineficiência possa ser enquadrado no conceito jurídico de improbidade – não havendo questionamento sobre isso –, essa categoria de ilícito não poderia ser classificada como corrupção.

Sobre o tema, Fábio Medina Osório (2012; p. 22) assinala que

a categoria ético-normativa designada como corrupção – frequentemente utilizada no direito internacional e na literatura especializada como o uso indevido de atribuições públicas para obtenção de benefícios privados – não abrange a complexidade e os matizes das desonestidades e ineficiências intoleráveis no setor público, mas apenas de uma faceta da má gestão pública, possivelmente a menos frequente, ou seja, aquela que engloba as gravíssimas desonestidades, além de revelar-se incapaz de assinalar fenômenos que,

embora não se encaixem na ideia de podridão moral do homem público, indicam altos níveis de reprovação ético-social. De modo que resulta aconselhável inserir o tratamento da corrupção como espécie de outra patologia, esta tida como mais ampla; a corrupção, ao revés, deve situar-se em um nível de detalhamento das desonestidades funcionais mais graves.

Ressalvada essa notável justificativa, adotaremos aqui o entendimento de que a corrupção é uma categoria mais ampla do que a improbidade administrativa, filiando-nos ao pensamento de Rogério Gesta Leal (2013; p. 18), para quem

há uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe dos seus efeitos práticos e quantitativo-financeiros, ou mesmo os que dizem com sua consumação de benefício ou não – modalidade da tentativa -, pois estão em jogo as bases normativo-principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança nas instituições privadas.

Compreendida dessa forma, a corrupção se revela como um fenômeno multifacetado que não exclui a grave ineficiência. Isso porque, uma vez erigido à condição de agente público, o sujeito torna-se depositário da confiança que a sociedade tem para com as instituições do Estado. Assim, não há óbice para que os atos de negligência, imprudência ou imperícia que gerem efeitos danosos à coisa pública sejam também categorizados como atos corruptivos, até porque, como afirmou o próprio doutrinador Fábio Medina Osório (2012; p. 6), “os agentes públicos continuam tendo direito ao erro juridicamente tolerável”.

Ademais, como destaca Rogério Gesta Leal (2014; p. 104), “a LIA busca atingir a improbidade enquanto corrupção administrativa que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica”.

Portanto, não sendo a corrupção tomada apenas em seu sentido mais tradicional, de “apropriação do público pelo privado”, mas como um termo que abrange inclusive as mais variadas formas de subversão dos valores e das regras morais que orientam a noção de cuidado com a coisa pública e de boa administração, percebemos que ela é mais ampla do que a improbidade. Enquanto a improbidade, para se caracterizar, necessita de um ato que possa ser enquadrado em um dos três tipos trazidos na Lei n.º 8.429/92, um ato de corrupção pode ser classificado dessa forma ainda que não abranja nenhuma conduta positivada.

Outra razão para que utilizemos o conceito de corrupção em vez de improbidade reside no fato de que se trata de um termo muito mais palatável para a sociedade civil e para o sujeito não introduzido nas complexas diferenciações conceituais que dominam o universo jurídico e acadêmico. Assim, ao falarmos em retrocesso ou avanço no combate da corrupção, há a chance de que a nossa mensagem atinja um número maior de interessados em compreender o tema.

Logo, seja pelas razões de cunho jurídico-conceitual, seja pelo motivo de ordem discursiva, tomamos no presente ensaio a improbidade como espécie do gênero corrupção.

### **3. A NATUREZA E O CONTEÚDO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA INCORPORADA À CF/88:**

Antes de analisarmos as contribuições que a incorporação dos princípios da publicidade, da legalidade, da impessoalidade e da moralidade à Lei de Improbidade Administrativa deram ao combate da corrupção, convém explicar – ainda que brevemente – por que razão eles foram incluídos nela.

Em linhas muito gerais, a publicidade pode ser tomada como comando normativo destinado a promover a divulgação e a publicização dos atos administrativos; a legalidade, em sua dimensão administrativa, obriga o agente público a atuar dentro dos limites da discricionariedade conferida pelo legislador; e a impessoalidade, pode ser tratada como comando destinado a impedir que as ações realizadas em nome da Administração sejam imputadas a agentes específicos e não a seus órgãos.

Os três princípios acima referidos, apesar de terem significado autônomo, podem, sem maiores prejuízos, ser condensados sob o guarda-chuva do princípio da moralidade administrativa, que, por ser aquele com a carga valorativa mais densa e complexa, merece uma análise mais detida.

Dentre as muitas definições construídas para tal princípio, destaca-se aquela que consta na obra de Gilmar Mendes *et alii* (2008), segundo a qual,

sendo o direito o mínimo ético indispensável à convivência humana, a obediência ao princípio da moralidade, em relação a determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem duplamente conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também às de natureza moral. A essa luz, portanto, o princípio da moralidade densifica o conteúdo dos atos jurídicos, e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar improbidade administrativa e acarretar-lhe a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, se a sua conduta configurar, também, a prática de ato tipificado como crime, consoante o disposto no parágrafo 4 do artigo 37 da Constituição.

De qualquer forma, a doutrina brasileira soube deixar claro que a incorporação do princípio da moralidade administrativa ao direito brasileiro, pela Constituição Federal de 1988, foi uma grande inovação à sua época.

Conforme Claudio Ari Mello (2004), ao tempo da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o pensamento jurídico nacional era ainda dominado pela concepção positivista

do direito, que, como se sabe, tem como um de seus principais *trunfos teóricos* (expressão do autor) a rígida separação entre direito e moral.

Assim, a inserção da moral no direito trouxe consigo diversos desafios, como incerteza conceitual, subjetividade hermenêutica, emotivismo axiológico e, em uma dimensão negativa, implica em certa renúncia para com os dogmas da certeza e da objetividade conquistados com a redução do direito à legalidade estrita.

Todavia, a promulgação da Constituição de 1988 coincide com um tempo em que as doutrinas jurídicas ocidentais se atualizavam em direção à superação da hegemonia ideológica do positivismo e promoviam, muito pela contribuição teórica de Ronald Dworkin, a reaproximação entre direito e moral.

Havendo, nas palavras de Cláudio Ari Mello, “um arcabouço teórico de legitimação da aplicabilidade de um princípio jurídico que remete à esfera da moral, hoje oferecido pela concepção pós-positivista ou neoconstitucionalista de direito”, os juristas brasileiros do período pós-constituição puderam conceber a moralidade administrativa dentro deste novo paradigma.

Mas isso não significa que tenha sido fácil a tarefa de criar um conceito estável para a moralidade administrativa.

Ao tratar sobre a natureza e os fins da Administração Pública, a doutrina atualizada de Hely Lopes Meirelles (2016; p. 55) se refere a tal princípio afirmando que “impõe ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação”. Na sequência, destaca que

na administração pública, essas ordens e instruções estão concretizadas nas leis e regulamentos administrativos, e complementadas pela moral da instituição. Daí o dever indeclinável do administrador público de agir segundo os preceitos do direito e da moral administrativa, porque tais preceitos é que expressam a vontade do titular – o povo – dos interesses administrados (...). Os fins da administração pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade (...). Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

Márcia Noll Barboza (2002), por sua vez, descreve de forma sintética o núcleo conceitual da moralidade administrativa articulando quatro elementos: a) observância de uma moral jurídica; b) extraída da disciplina interna da administração pública; c) com conteúdo determinado pela ideia de função administrativa (a implementação do bem comum), da qual decorre a noção de boa administração; d) devendo essa observância ser fiscalizada no terreno da discricionariedade, especialmente, mas não só, no caso de desvio de poder.

Nessa trilha, pode-se depreender que o núcleo central do conceito de moralidade

administrativa reside na natureza da função da administração pública. Ou seja, é a postura desleal ou infiel dos administradores para com a coisa pública que irá caracterizar a imoralidade administrativa.

Logo, quando determinada conduta se mostrar violadora da moralidade administrativa, ela poderá ser considerada ilícita ou antijurídica, ainda que não seja propriamente ilegal. O princípio da moralidade administrativa, positivado na Constituição, portanto, atua de forma complementar ao corolário da lei. Isto é, ele alcança espaços não abrangidos pela esfera da legalidade e, assim, acaba fornecendo ao intérprete uma poderosa ferramenta para aferição e enquadramento das mais variadas condutas de agentes públicos ao ordenamento jurídico vigente. Não fosse essa maleabilidade, diversos atos deslocados da finalidade primordial do interesse público teriam, ao longo das últimas três décadas, escapado do controle jurisdicional por simples ausência de tipicidade.

Não obstante, a par do fato de que os esclarecimentos trazidos pelos autores supramencionados datarem de quase duas décadas atrás, cumpre assinalar que sua doutrina em nada se alterou. Ao tratar da matéria, Aloísio Zimmer Junior (2019) refere que

para ser imoral, basta que o ato esteja aquém da qualidade, lealdade e boa-fé esperados no exercício de competências públicas, no exercício de cargo ou função públicos. Não só a desonestidade é alcançada pelo conceito, mas também a ineficiência grave. Por exemplo, estará eivado de imoralidade administrativa o ato de agente público que, no exercício de suas funções, atenda com negligência, imprudência ou imperícia grave a cidadão carente de seus serviços ou tutela. E, sem dúvida, essa é uma dimensão adequada, mesmo tão ampla, para o campo de abrangência do conceito sob análise.

Hamilton Rangel Júnior (2001), por sua vez, assinala que

decorrência do conceito de moralidade institucional é o conceito de moralidade administrativa: a não-arbitrariedade dos universos individual e privado contra o estatal, e deste contra aqueles, no âmbito da Administração Pública. E a Constituição Federal, ao cuidar da Administração Pública, impõe a moralidade, porém especifica sanções para os casos de improbidade, deixando implícito o seguinte: a nulidade dos atos desobedientes àquela não exclui a reparabilidade dos bens e a prejudicialidade dos agentes ligados às lesões decorrentes desta.

Foi nesse caminho que o artigo 11 da Lei n.º 8.429/92<sup>1</sup>, buscando concretizar no plano infraconstitucional o mandamento do constituinte originário, trouxe uma tipologia destinada à

---

<sup>1</sup> 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:  
(...)

punição do agente público que pratique ato atentatório contra os princípios da administração pública, abrindo espaço, assim, para a tutela jurídica da moralidade, positivada no artigo 4º do mesmo diploma legal<sup>2</sup>.

Face à dimensão jurídica do princípio da moralidade, mesmo quando não se verificar o enriquecimento ilícito ou o dano material (condutas puníveis pela Lei de Improbidade Administrativa) ainda assim poderá ocorrer a ofensa ao princípio da probidade, pois o constituinte teve a intenção de coibir qualquer grave lesão à moral positivada, inclusive nos casos em que não se constatam, de forma incontroversa, os danos materiais (FREITAS; 2008; p. 99).

O ponto central da Lei de Improbidade, portanto, é a proteção do “patrimônio público”, não importando se este vem a ser o “patrimônio material” ou o “patrimônio moral”, uma vez que a lesão ao primeiro pode ou não estar presente no ato, mas a ofensa ao segundo é pressuposto dele. Essa ideia, inclusive, está expressamente consignada no artigo 21, inciso I, da Lei n.º 8.429/92, o qual determina que a aplicação das sanções previstas no referido diploma normativo independe “da efetiva ocorrência de danos ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento” (JUNIOR; 2019; p. 157).

Juarez Freitas (2008; p. 106) ressalta que a espécie de improbidade administrativa descrita no artigo 11 da LIA causa estranheza apenas para aqueles que ainda não desvendaram a estrutura predominantemente principiológica e não meramente legalista do sistema administrativo. Trata-se de um contexto em que a infringência de qualquer princípio ou direito fundamental acarreta a violação, em graus diversos, do sistema. O autor chama atenção de que, para não desconfigurar o princípio da moralidade administrativa e também para não ofender o princípio da proporcionalidade, importa ter presentes determinados requisitos para que seja configurada a hipótese improbidade administrativa descrita no artigo 11 da LIA, a saber: (a) a grave violação ao senso médio superior de moralidade e (b) a inequívoca intenção desonesta do agente.

Na trilha da doutrina majoritária acerca do tema, o precitado autor destaca que não acontece transgressão à moralidade na hipótese de violação tênue de outros princípios ou de engano. Isso porque, frise-se, o princípio guarda feições próprias e apenas a violação grave é que pode determinar a aplicação razoável das sanções correspondentes, sob pena de injustiça manifesta.

---

<sup>2</sup> Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade** e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Como se vê, apesar do desafio inicial, pode-se dizer que a doutrina brasileira se desincumbiu satisfatoriamente do dever de produzir uma delimitação adequada ao conceito da moralidade administrativa. Nossos pesquisadores e acadêmicos souberam desenvolver um arcabouço teórico que, quando bem interpretado, vem abalizando e dando sustentação às mais diversas decisões em matéria de improbidade administrativa, ao longo dos mais de vinte e seis anos de vigência da LIA.

Contudo, esse sucesso é apenas parcial.

Isso porque, por mais que a doutrina jurídica tenha-se empenhado para oferecer a mais precisa delimitação possível, os conceitos principiológicos descritos no artigo 4º da LIA e no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, nunca irão se desvencilhar da indeterminabilidade, ou da “porosidade normativa” que marca a sua existência no mundo jurídico.

E, como não poderia ser diferente, o caráter indeterminado dos princípios deu margem, ao longo do tempo, para diferentes interpretações, ora mais lenientes, ora de viés mais punitivista e persecutório, além de ter dado causa a uma insegurança jurídica que permeia as ações de improbidade até hoje, bem como a fenômenos que parte da doutrina denominou como “Direito Administrativo do medo” e “apagão das canetas”, situações essas que serão melhor analisadas no tópico a seguir.

#### **4. As dificuldades práticas decorrentes da tipicidade aberta do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92**

Não há dúvidas que, de um lado, a tipicidade aberta do artigo 11 da LIA proporcionou a possibilidade de responsabilização do agente público que, não tendo se locupletado e nem causado prejuízo ao erário, praticou atos incompatíveis com a gestão da coisa pública, de outro lado abriu caminho para abusos decorrentes de um uso indiscriminado e irrefletido desse instrumento normativo.

Tais abusos têm sido frequentemente apontados pela doutrina nos últimos anos e talvez seja justamente em razão desse conjunto de críticas que a redação original do Projeto de Lei n.º 10.887/2018 tenha excluído os quatro princípios anteriormente referidos – publicidade, impessoalidade, legalidade e moralidade – como nortes de observância aos agentes públicos previstos no artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque, uma vez eliminados os deveres de observância a estes princípios, inúmeras práticas que atualmente podem ser sindicadas na via judicial passariam a estar descobertas da proteção legal no caso de os juízes passarem a entender pela impossibilidade de enquadramento delas no artigo 11 da LIA, o qual estipula que “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: (...)”.

Ainda que não se possa afirmar peremptoriamente que a supressão desses princípios do artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa retiraria por completo a possibilidade de punição do agente público por violação a princípios, certo é que essa modificação conduziria a um cenário de profunda incerteza quanto aos deveres do Administrador e, conseqüentemente, ao agravamento da insegurança jurídica.

Afinal, como punir um ato que atenta contra os princípios da Administração Pública se estes princípios não estão mais previstos na legislação atinente? Qual a intenção do legislador ao afastar da previsão legal a necessidade de observância pelos agentes públicos aos princípios da administração pública? Pretende o legislador que os atos que resultem em violações a tais princípios extirpados do texto da LIA não configurem mais improbidade administrativa?

Onde havia clareza, se fará a dúvida. E essa dúvida, por ser interpretativa, necessariamente conduzirá a novos e tormentosos debates jurisprudenciais acerca de um ponto sobre o qual atualmente não há divergência. Discute-se se determinada conduta viola, ou não, determinados princípios, mas não se a ofensa a tais princípios pode caracterizar ato de improbidade, pois essa certeza a atual redação da Lei de Improbidade Administrativa nos traz.

Em artigo publicado no Portal Jota, Flávio Henrique Unes Pereira e Raphael Rocha de Souza Maia (2019) trazem diversos exemplos de julgados do Superior Tribunal de Justiça que, segundo os autores, nos fazem refletir.

Citam, dentre outros, a condenação de uma médica que teria emitido atestado em seu próprio favor para tomar posse em cargo público, muito embora tal avaliação tenha sido confirmada por outro atestado (AgRg no AREsp 73968); referem, também, uma decisão que considerou ímproba e dolosa a contratação de servidores públicos sem concurso, embora autorizada por lei municipal cuja constitucionalidade não fora questionada (AgInt no AREsp 1366330); apontam a condenação, a multa civil e a proibição de contratação com o Poder Público de um administrador de parque que teria permitido que um particular vendesse salgados e refrigerantes no interior do parque por oito meses sem licitação (RESP 1512654).

De fato, todos os exemplos trazidos no artigo mencionado convidam os estudiosos da matéria a refletir sobre a proporcionalidade de algumas penas, a adequação de algumas condenações e, até mesmo, sobre a necessidade de ajuizamento de muitas ações.

Na opinião dos mencionados autores, as decisões exemplificadas acima

demonstram claramente que sempre caberá imputar improbidade por violação a princípios, que estaria autorizada no *caput* do art. 11 da LIA, na medida que sua vagueza conceitual abarca qualquer ilícito, bastando acoplar ao “tipo” a alegação de um misterioso “dolo genérico”<sup>4</sup> que, na verdade, da forma como vem sendo feito, confunde-se com a mera voluntariedade.

Como consectário dessa banalização no uso da Lei de Improbidade Administrativa, os referidos articulistas sinalizam para o fato de que muitos gestores públicos acabam deixando de adotar soluções e de “enfrentar com ousadia e criatividade diversos problemas que batem à porta do executivo”.

De fato, não podemos discordar dessa afirmação ao notarmos a existência de muitos exemplos contundentes de decisões em matéria de improbidade que acabaram por infligir punições a atos que não necessariamente violaram a moralidade administrativa em sua dimensão teórica de corolário do interesse público, consoante expusemos no tópico anterior.

Todavia, o mesmo não ocorre quando os autores afirmam que

a condenação por improbidade administrativa com base no *caput* do art. 11, sem enquadrar a conduta reputada ímproba em algum dos incisos ali elencados, viola a **tipicidade**, prevista no art. 5º, II e XXXIX, a **legalidade**, prevista no art. 37, *caput*, e a **segurança jurídica**, haja vista que os princípios administrativos não possuem *per se* densidade suficiente para fundamentar a condenação.

Primeiramente, não há violação alguma à tipicidade: o inciso II do artigo 5º da Constituição preconiza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Contudo, há lei obrigando expressamente os agentes públicos “de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos” (artigo 4º da Lei n.º 8.429/92). Quanto ao inciso XXXIX do mesmo dispositivo, ele refere que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se, portanto, do princípio da tipicidade penal, que não é sequer aplicável à esfera civil-administrativa abrangida pela Lei de Improbidade.

Por outro lado, ao referir que a condenação por improbidade com base no *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 viola também a legalidade, os autores desconsideram o fato de que foi justamente o legislador quem optou por incorporar ao ordenamento infraconstitucional a possibilidade de violação a princípios regentes da atividade administrativa. Assim, apenas uma exegese extremamente positivista poderia legitimar o argumento de que esse dispositivo viola a legalidade.

Essa interpretação, no entanto, rema contra o chamado “paradigma normativo aberto”, pautado pela ampliação do alcance do direito a partir dos princípios e também contra a corrente neoconstitucionalista que atualmente domina o pensamento jurídico desde que se consolidou a noção de perda da hegemonia da lei como fonte de direito. É um entendimento que desconsidera a possibilidade de aplicação direta da Constituição como norma apta para produzir efeitos jurídicos e que, portanto, remete a uma concepção extremamente legalista de Direito que nos dias de hoje encontra cada vez menos espaço.

Na mesma linha, a suposta violação à *segurança jurídica* decorre muito mais da atividade interpretativa do que da redação do dispositivo, não sendo esse fundamento hábil para a eliminação de normas. Mesmo no Direito Penal, com a rígida tipicidade que o caracteriza, há espaço para interpretações divergentes.

Além disso, como vimos anteriormente, há uma sofisticada delimitação conceitual acerca de cada um dos princípios inseridos no artigo 4º da Lei de Improbidade, sempre vinculada à ideia de proteção ao patrimônio público e de vedação ao uso da máquina pública para a satisfação de interesse particular.

Não obstante, pergunta-se: como retirar esse instrumento de controle dos atos do agente público quando são evidentes, tanto quanto os casos de excesso, as condutas ímprobas que só encontraram punição devido à combinação entre as regras dos artigos 4º e 11 da LIA?

Para citarmos exemplos dessa outra realidade, veja-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1767863/SE, onde se concluiu que “confirma a existência da contratação de funcionários sem a devida realização de concurso público, não há como se afastar a existência de ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei n. 8.429/92”.

Da mesma forma, observe-se o teor da decisão do RESP 1792158/SC, na qual o Superior Tribunal de Justiça chancelou o entendimento de que “a existência de união estável entre (...) licitante e integrante da entidade responsável pelo certame, e o fato de o último, posteriormente, passar a integrar a sociedade vencedora da licitação, não só demonstra a existência de conflito de interesses, como também afronta os princípios da moralidade, isonomia e impessoalidade, além de caracterizar o dolo genérico, porquanto patente a intenção de fulminar os citados princípios”.

Ou, ainda, o caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no RESP 1817348/CE, no qual se considerou que a conduta de um prefeito municipal que utilizou dos canais oficiais da prefeitura para noticiar a posse de sua esposa como deputada estadual afrontou os princípios da legalidade e da impessoalidade. No voto condutor da decisão, os integrantes da Segunda Turma afirmaram expressamente que “o réu-recorrido, ocupando o mais alto cargo da

administração pública local, tinha o dever de conhecer a exigência básica segundo a qual não pode o administrador utilizar da publicidade oficial para promoção própria, de seu cônjuge ou familiares”.

Enfim, se empreendermos nossos esforços em pesquisa jurisprudencial, encontraremos decisões que podem basear tanto o entendimento de que a tipologia do artigo 11 da LIA é abusiva, quanto julgados que demonstram a sua total adequação ao mundo jurídico. É por isso que a posição em defesa da extirpação ou da manutenção da conduta violadora de princípios como ato de improbidade deve buscar guarida em critérios jurídicos objetivos e não mutáveis.

É também por isso que, aqui, perfilharmo-nos ao entendimento de que a possibilidade de configuração do ato de improbidade por violação aos princípios de observância obrigatória previstos no artigo 4º da LIA atende ao corolário maior do Direito Administrativo e já tantas vezes mencionado: a supremacia do interesse público

Nesse sentir, a manutenção da redação do artigo 4º na Lei de Improbidade Administrativa, e, especificamente, a necessidade da observância ao princípio da moralidade no agir público, são medidas que resguardam a lógica de um regime alçado com base em uma leitura sistemática da Constituição Federal e que nos leva à conclusão de que os atos de improbidade podem ser configurados também por violação a princípios (legais e constitucionais), e não apenas pela tipologia estrita dos incisos do artigo da Lei n.º 8.429/92.

E não é só.

Aos que defendem que a possibilidade de condenação por improbidade administrativa decorrente da violação aos princípios da administração pública é refém do subjetivismo do julgador em razão da falta de concreção de tais normas, importa referir que a eliminação do artigo 4º da LIA, e, por conseguinte, da previsão explícita de que os agentes públicos devem ser orientados pelos princípios da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da legalidade, não seria suficiente para impedir a sua má interpretação contra os agentes públicos.

É que o original do Projeto de Lei n.º 10.887/18 não altera a redação do *caput* do artigo 11 da LIA, possibilitando, para toda a sorte, que permaneça a lacuna legislativa e, através de uma interpretação constitucional, sejam mantidas as condenações por violação a princípios da administração pública, a serem extraídos, diante de tal realidade, diretamente do texto constitucional.

A alteração legislativa proposta pelo original do Projeto de Lei n.º 10.887/18, além de fragilizar o combate à corrupção, tolhendo do ordenamento jurídico a base de um dos principais instrumentos de tutela da ética e da moral administrativa, não será plenamente eficaz ao fim

que se destina, na medida em que a subjetividade e a má interpretação e aplicação do artigo 11 da LIA permanecerão à disposição do julgador através de técnicas hermenêuticas já consagradas no ordenamento.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vivemos em um momento crucial no enfrentamento à corrupção. Nos últimos anos, a agenda legislativa que trata dessa matéria avançou e recuou, mas nunca mais perdeu protagonismo. Seja na esfera penal ou cível, temas como desvio de verbas públicas, recuperação de ativos de propriedade do Estado, recrudescimento de punições, criação e extinção de regras processuais que facilitam a responsabilização de agentes públicos, etc, são assuntos que dominam boa parte das controvérsias jurídicas que, ora ressaltam aos olhos da sociedade por meio da imprensa, ora ficam mais restritas às cercanias da atividade jurídica, acadêmica e forense.

Passados mais de 25 anos da edição da Lei de Improbidade Administrativa, em 2018 surge uma proposta de atualização de seu texto, fruto de uma comissão coordenada pelo Min. do Superior Tribunal de Justiça, Mauro Campbell, tendo como justificativa para a alteração a necessidade de equalizar o regime da Lei n.º 8429/92 aos novos diplomas legais correlatos, bem como promover a “sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais”.

E ao nos debruçarmos sobre o original do Projeto de Lei .º 10.887/2018, optamos desde logo por analisar apenas uma das mudanças nele propostas. Justamente aquela que, no nosso entendimento, tem maior potencial de impactar a Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de combate à corrupção.

Examinando os quatro princípios que o original do projeto pretende extirpar da redação da Lei n.º 8.429/92, encontramos no princípio da moralidade administrativa um fio condutor: é a noção de cuidado com a coisa pública que deve informar todos os atos praticados pelo agente público, sendo essa uma premissa inafastável para o Direito Administrativo, para o estudo do sistema constitucional e legal que disciplina a tutela jurídica da probidade administrativa e para a interpretação dos tão diversos casos que se apresentarem ao Poder Judiciário.

Ao desvendarmos o conteúdo da moralidade administrativa expressamente elencado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 observamos que, naquele ponto histórico, tivemos um poder constituinte originário que, mediante sensibilidade ímpar, soube

traduzir nessa expressão o conteúdo fundamental do republicanismo: *res publica* em primeiro lugar. Trata-se de conceito que dialoga essencialmente com o ideal de primazia do interesse público sobre o particular e constitui um importante mecanismo de oxigenação do Direito às permanentes adaptações da corrupção.

No plano interpretativo, apesar dos evidentes excessos cometidos ao longo dos quase 30 anos de vigência da LIA – frequentemente apontados por uma parcela muito relevante da doutrina –, o que se observa, de modo geral, é que o Poder Judiciário tem se empenhado em fazer valer os ditames da moralidade e em dar concreção ao ideal republicano de resguardo do patrimônio público, mediante aplicação dos instrumentos fornecidos pela Constituição e pela Lei de Improbidade Administrativa.

Efetivamente, acaso inexistisse tal instituto, a sociedade restaria desamparada, na esfera cível, de ferramentas capazes de promover a tutela do patrimônio material e imaterial da Administração Pública, de modo que restaria apenas a tormentosa seara do Direito Penal, mais sujeita a influxos políticos, como aqueles decorrentes do foro por prerrogativa de função (não aplicável às ações com base na Lei n.º 8.429/92) e mais limitada pela Constituição.

E esta é a importância dos princípios-deveres do artigo 4º e da modalidade de ilícito prevista no artigo 11 da Lei n.º 8.429/92, pois, se é verdade que a Constituição Federal deixou as instituições descobertas da merecida tutela penal, é também verdade que a Carta Federativa instituiu um engenhoso sistema de tutela da moralidade, fornecendo ao ordenamento jurídico brasileiro a necessária abertura para lidar com os avanços e modificações da corrupção e resguardar, ao menos a esfera cível, de um instrumental efetivo no que tange à repressão do enriquecimento ilícito, à recuperação de ativos e, principalmente, à tutela de valores morais inerentemente integrados à noção do bem administrar da coisa pública.

Assim, quando nos deparamos com o fato de que o original do Projeto de Lei n.º 10.887/2018 pretende retirar do artigo 4º da LIA os princípios da publicidade, legalidade, impessoalidade e moralidade, podemos antever uma questão que, se solucionada no plano jurisprudencial, fatalmente acarretará em muitos entendimentos conflitantes até que seja pacificada. De um lado, existirão aqueles para quem a retirada dos princípios do ordenamento infraconstitucional extinguirá diversas possibilidades de punição com base no artigo 11 da LIA, por ausência de reserva legal; de outro lado, os intérpretes que defenderão a orientação de que a violação aos princípios da Administração Pública remete ao artigo 37 da Constituição Federal e, por isso, prescinde de previsão em lei ordinária. Trata-se, pois, de um retrocesso no desenvolvimento de uma ferramenta que já produz efeitos adequados na proteção da coisa

pública.

Portanto, é justamente em razão desse premente debate que se compreende como inadequada a mudança proposta, uma vez que daria ensejo a discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca de um dispositivo para o qual o pensamento jurídico brasileiro há quase três décadas já desenvolveu uma metodologia de interpretação e aplicação, sem a qual o patrimônio moral da Administração Pública teria sido resguardado em camadas muito inferiores àquelas que hoje se pode alcançar.

Além disso, soa peculiar que, dentre as justificativas do Projeto de Lei, haja o argumento de que a “Lei de Improbidade Administrativa – LIA carecia de revisão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais”.

Isso porque a função dos órgãos jurisdicionais, notadamente das Cortes Superiores, é conferir interpretações que não se encontram explícitas no texto legal. Em razão da adaptabilidade do Poder Judiciário, que decorre da permanente troca de composição dos Tribunais Superiores e da capacidade que essas Cortes possuem de se adaptar aos influxos da sociedade, não é necessário promover constantes e profundas alterações da legislação para se adequar à jurisprudência dos Tribunais, pois o próprio Judiciário dispõe dos meios adequados para modernizar suas interpretações, sem, contudo, adentrar indevidamente na tarefa legislativa.

E é exatamente o que ocorre com a alteração legislativa analisada neste ensaio, pois a redação atual da LIA permite ao julgador utilizar-se de seu próprio texto para, combinando os ditames do artigo 4º com as previsões do artigo 11, analisar a adequação da conduta perpetrada pelo agente público à luz dos princípios da administração pública e decidir pela configuração, ou não, do ato ímprobo.

Por isso, além de a alteração da LIA não ser benéfica, seria também ineficaz, na medida em que a própria atuação das Cortes Superiores supriria eventual necessidade de atualização da legislação e, ainda assim, não fragilizaria o combate à corrupção.

Não obstante, acaso venha a se materializar em lei o Projeto n.º 10.887/2018, não se vislumbra óbice algum à possibilidade de que, para os atos que se enquadrem no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a violação aos princípios da Administração se dê em face daqueles que estão positivados no artigo 37, *caput*, da Carta Magna, pois foi exatamente pela intenção de resguardar a coisa pública no grau mais elevado, que o constituinte originário os inseriu diretamente na Carta Federativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. *In: Fragmentos Teóricos Sobre a Moralidade Administrativa*.

FREITAS, Juarez. **Reflexões sobre moralidade e direito administrativo**. Revista de Direito, Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da UNISC. 2008.. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/671/462>. Acesso em: 01/09/2020.

JUNIOR, Aloísio Zimmer. **Corrupção e Improbidade Administrativa: Cenários de Risco e a Responsabilização dos Agentes Públicos Municipais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

JÚNIOR, Hamilton Rangel. **Princípio da moralidade institucional: conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa**. Ano 14 - n. 55 | janeiro/março - 2014 Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210 A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

MELLO, Claudio Ari. **Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa**. Revista de Direito Administrativo. 235:93-116 Rio de Janeiro: Jan/Mar. 2004. Disponível eletronicamente em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45127/45043>. Acesso em: 01/09/2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. P. 55.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa**. Revista de Doutrina TRF4. Edição nº57, publicado em 30/10/2012. Disponível eletronicamente em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio\\_Osorio.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html). Acesso em: 26/08/2020.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes e MAIA, Raphael Rocha de Souza. **A inconstitucionalidade da ‘violação a princípios’ como improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019#sdfootnote8sym>. Acesso em: 04/09/2020.