



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO – FACULDADE DE
DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO**

GEOVANE DE MORI PEIXOTO

**SEGURANÇA JURÍDICA E A TIPIIFICAÇÃO DE
CONDUTAS PARA CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DE
PRINCÍPIOS**

**SALVADOR
2016**

GEOVANE DE MORI PEIXOTO

**SEGURANÇA JURÍDICA E A TIPIFICAÇÃO DE
CONDUTAS PARA CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DE
PRINCÍPIOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Público, inserida na linha de pesquisa Cidadania e Efetividade dos Direitos, área de concentração Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Saulo José Casali Bahia.

SALVADOR
2016

P379

Peixoto, Geovane de Mori,

Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios / por Geovane de Mori Peixoto. – 2016.

290 f.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2016.

TERMO DE APROVAÇÃO
GEOVANE DE MORI PEIXOTO
SEGURANÇA JURÍDICA E A TIPIFICAÇÃO DE CONDUTAS PARA
CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – Orientador
Doutor em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro
Doutor em Direito – Universidade Federal de Pernambuco
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior
Doutor em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva
Doutor em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal de Sergipe – UFS

Profa. Dra. Ariele Chagas Cruz
Doutora em Direito – Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Ilhéus – CESUPI

*Por todos os percalços, por todas as falhas,
pelas ausências, mas principalmente pelo
amor incondicional, pelo apoio constante, por
me emocionar, por me fazer sentir o meu lado
humano, por me fazer feliz ao seu lado, dedico
o meu amor eterno a minha esposa Tereza
Cristina (Minha Cris).*

AGRADECIMENTOS

A sempre difícil tarefa de agradecer. E não poderá ser diferente de outras vezes, devo sempre o meu primeiro obrigado àqueles que nunca me faltaram, e sempre me apoiaram em todas as minhas jornadas, o meu eterno agradecimento e amor aos meus pais Marlene e Jefferson Peixoto.

A minha filha, linda moça, orgulho de te ver Mulher. Sei que você entende meu esforço, e vibra com as minhas conquistas. Obrigado Giovanna, por existir e me trazer tanta alegria com esse amor que transcende qualquer explicação.

O meu fraterno carinho pelo meu Irmão, Junior, sempre presente, na saúde ou na tristeza.

Aos meus parentes por adoção: Tadeu, Nide, Daiane, Cidreira, Luana, Francisco, Gui, Alice (Bebelice) e David, vocês já fazem parte da minha história, obrigado por me receberem de braços abertos e com muito amor sempre.

A todos os meus familiares, de “sangue e emprestados”, minha gratidão pelos momentos de amor compartilhados.

A todos os amigos, que não nominarei, para não correr o risco de esquecer ninguém, sintam-se todos homenageados, pois o que seria de nós se não tivéssemos os amigos para todos os momentos.

Ao Amigo e Irmão Rômulo Moreira, pelas trocas de ideias e pelo préstimo na disponibilização de material para pesquisa, mas, principalmente pela fraterna amizade construída nesses últimos doze anos.

Os “buxixeiros” (Guga, Socorro, Paulinho, Tatá, Fabinho, Lu, Daka, Katita e Beta), pelos momentos de descontração e relaxamento proporcionados por vocês nesses difíceis três anos de conclusão do doutorado, vocês são queridos amigos.

Aos meus alunos, que sempre me motivaram aprimorar os meus conhecimentos, para compartilhar um pouco e plantar uma sementinha na cabeça de cada um de vocês, minha fonte de inspiração e que ainda me fazem acreditar no futuro.

A todos os Professores da Universidade Federal da Bahia, da Universidade Salvador e da Faculdade Baiana de Direito, amigos e colegas de jornada, companheiros de inúmeras batalhas, mas que principalmente compartilham o amor pela docência.

Três pessoas muito importantes na minha trajetória profissional na academia, e que sempre terão o meu respeito pelo profissionalismo, e admiração pela amizade cultivada: Miguel Calmon, Ana Carolina Mascarenhas e Fernando Leal.

Pela confiança no meu trabalho e a oportunidade de iniciar a minha trajetória acadêmica na pós-graduação *stricto sensu*, além do já demonstrado e externado respeito, meu agradecimento ao Professor Costa Gomes.

Ao meu orientador, Prof. Saulo Casali Bahia, obrigado pela generosidade e respeito.

Aos Professores do PPGD, com especial menção para os Profs. Heron Gordilho, Marília Muricy, Wálber Carneiro, Mônica Aguiar, Mário Jorge, Dirley da Cunha Júnior e Manoel Jorge.

Pelo carinho, por acreditar sempre, pelos incentivos, e, principalmente, por sempre me fazer querer ser uma pessoa melhor pelo seu exemplo, o meu amor maior, minha amada esposa Cris.

*Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro*

*Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário*

*Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável*

*Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei*

*Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.*

(“Intertexto” – Bertold Brecht)

RESUMO

A Lei nº 8.429/1992, estipula em seu art. 11 a caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios. A partir dessa estipulação legal, prevista em um diploma legal que tem como um de seus escopos principais o combate à corrupção no Estado brasileiro, a investigação recai sobre a afronta que este dispositivo representa para o sistema jurídico pátrio. A referida incompatibilidade decorre da violação do sobreprincípio da segurança jurídica, especificamente pela contrariedade a um dos subprincípios que são relacionados, qual seja: a legalidade. O exercício do *jus puniendi* estatal, consoante exigência extraída da Constituição Federal de 1988, requer para sua efetivação que seja respeitado a legalidade, na figura da tipicidade, o que, por sua vez, requer a estipulação das condutas de forma taxativa na legislação que pode gerar a caracterização de ilícitos passíveis de punição. A caracterização de ilícitos pela violação de princípios gera a possibilidade de um exercício de poder discricionário (arbitrário), uma vez que a estrutura normativa dos princípios permite um excessivo subjetivismo na interpretação, demandando, portanto, em respeito ao princípio da segurança jurídica, que se aplique as garantias constitucionais estipuladas para limitar o *jus puniendi*, exigindo-se a tipicidade, como corolário da aplicação do princípio da legalidade. Conclui-se, assim, que a estipulação de norma que possa gerar restrição de direito, com a aplicação de punição, não pode ter a sua estrutura aberta, ante a necessidade de conhecimento prévio pela sociedade de quais são as condutas proibidas, em virtude da proteção constitucional decorrente do princípio da legalidade, que por sua vez está fundado na necessidade de segurança jurídica. A previsão de tipos abertos, portanto, reputa-se inconstitucional.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Violação de Princípios; Segurança Jurídica; Princípio da Legalidade; Tipicidade.

ABSTRACT

Law nº 8.429/1992 establishes in its art. 11 the characterization of unlawfulness of administrative improbity for breach of principles. From this legal stipulation, provided in a legal act, which has the combating of corruption in the Brazilian State as one of its main scopes, the investigation lies on the affront that this device is for the Brazilian legal system. That incompatibility arises from the violation of principles of legal security, specifically by the opposition to one of subprinciples that are related, namely: legality. The exercise of *jus puniendi* of the State, in accordance with the requirement extracted from the Federal Constitution of 1988, requires for its effectiveness the respect for legality, in the figure of the typicality, which in turn requires the stipulation of practices exhaustively in the legislation which can generate the characterization of unlawfulness liable to punishment. The characterization of unlawfulness for the breach of principles creates the possibility of a discretionary exercise of power (arbitrary), since the regulatory framework of principles allows excessive subjectivity in interpretation, requiring, therefore, in respect to the principle of legal security, the enforcement of constitutional guarantees stipulated to limit the *jus puniendi*, demanding typicality, as a corollary of the enforcement of the principle of legality. It can therefore be concluded that the stipulation of rule which may generate legal restriction, with the enforcement of punishment, cannot have its open structure, in response to the need for prior knowledge of the society of which practices are prohibited, due to the constitutional protection arising from the principle of legality, which in turn is based on the need for legal security. It is believed, therefore, that the provision of open types is unconstitutional.

Keywords: Administrative Improbity; Breach of Principles; Legal Security; Principle of Legality; Typicality.

RIASSUNTO

La legge n. 8.429/1992, recita nel suo art. 11 la caratterizzazione dell'illecito di improbità amministrativa per violazione dei principi. A partire di questa stipulazione legale, prevista in un ordinamento giuridico che ha come uno dei suoi scopi principali la lotta contro la corruzione nello stato brasiliano, l'indagine ricade sull'affronto che questo dispositivo rappresenta al sistema giuridico patrio. La detta incompatibilità nasce dalla violazione del principio maggiore della certezza del diritto, in particolare per l'opposizione di uno dei sottoprincipi che sono collegati, e cioè: la legalità. L'esercizio dello *ius puniendi* dello Stato, conforme requisito estratto dalla Costituzione Federale del 1988, richiede per la sua effettuazione da rispettare la legalità, nella figura della tipicità, il che, a sua volta, richiede la stipulazione delle condotte tassativamente sulla legislazione che può generare la caratterizzazione di illeciti passibili di punizione. La caratterizzazione di illeciti per la violazione dei principi crea la possibilità di un esercizio del potere discrezionale (arbitrario), dal momento che la struttura normativa dei principi permette eccessiva soggettività di interpretazione, richiedendo, di conseguenza, nel rispetto al principio della certezza del diritto, che si applichino le garanzie costituzionali stipulate per limitare lo *ius puniendi*, esigendosi la tipicità, come corollario dell'applicazione del principio di legalità. Si conclude quindi che la stipulazione di norma che possa generare restrizione di diritto, con l'applicazione di pena, non può avere la sua struttura aperta, rispetto alla necessità di previa conoscenza per la società di quali sono le condotte vietate, in virtù di protezione costituzionale derivante dal principio di legalità, che a sua volta si basa sulla necessità di certezza del diritto. La previsione di tipi aperti si reputa pertanto incostituzionale.

Parole chiave: Improbità; Violazione di principi; Certezza del Diritto; Principio di legalità; Tipicità.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA RESPOSTA À CORRUPÇÃO	19
1.1 EVOLUÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL A PARTIR DOS MARCOS JURÍDICOS.....	25
1.1.1 Marco Constitucional	26
1.1.2. Marco Legal: Lei de Improbidade Administrativa	29
1.1.3 Natureza Jurídica da Improbidade Administrativa.....	35
1.2 TIPOS QUE CARACTERIZAM A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	45
1.2.1 Enriquecimento Ilícito	45
1.2.2 Causar Prejuízo ao Erário	50
1.2.3 Violação de Princípios	56
CAPÍTULO 2 – A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE: APLICAÇÃO DE PRINCÍPIO E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE.....	63
2.1 NORMAS JURÍDICAS: ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA?	63
2.1.1 Regras	68
2.1.2 Princípios	72
2.1.3 A Relação entre Regras e Princípios na Teoria das Normas.....	77
2.2 AS PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS DEFENDIDAS NO BRASIL.....	86
2.3 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE NA INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS.....	102
2.4 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: MORALIDADE E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	107
2.4.1 Princípios da Administração pública	107
2.4.2 Princípio da Moralidade da Administração Pública e a Moralidade.....	115
CAPÍTULO 3 – A DISCRICIONARIEDADE DO INTÉRPRETE E O PROBLEMA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	122
3.1 TEORIA DA DECISÃO: A PROBLEMATIZAÇÃO DO ATO DECISÓRIO NA CONTEMPORANEIDADE	122

3.1.1 Positivismo jurídico e ato decisório.....	125
3.1.2. A base filosófica do positivismo kelseniano.....	130
3.2 A DISCRICIONARIEDADE DO ATO DECISÓRIO.....	132
3.2.1 Discricionariedade e neopositivismo (Hans Kelsen):.....	132
3.2.2 A discricionariedade do(s) pós-positivismo(s)	134
3.3. TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, DISCRICIONARIEDADE E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO	137
3.3.1 A Tópica e o “ressurgimento” da retórica para o Direito	138
3.3.2 O desenvolvimento da retórica para a busca pelas “respostas corretas”	140
3.3.3. As “Respostas Corretas” na Concepção de Ronald Dworkin.....	144
3.4 A BUSCA POR UMA DEFINIÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA	149
3.5 A NATUREZA NORMATIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA	157
3.6 A SEDIMENTAÇÃO DA LEI E DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO COROLÁRIOS DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	163
3.6.1 O Princípio da Legalidade Administrativa	170
3.6.2 O Princípio da Legalidade Penal	174
3.7 A DISCRICIONARIEDADE NA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A NECESSIDADE DE SEGURANÇA JURÍDICA.....	179
 CAPÍTULO 4 – A NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DAS CONDUTAS PARA DELIMITAR O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA QUESTÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA	
4.1 A SIMILITUDE DA NATUREZA JURÍDICA ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O DIREITO PENAL.....	185
4.2 O TIPO NO DIREITO PENAL: A APROXIMAÇÃO COM O DIREITO ADMINISTRATIVO	189
4.2.1 A Figura Jurídica do Tipo e a Certeza na Determinabilidade das Condutas Configuradoras de Ilícito: A Necessária Segurança Jurídica por Intermédio do Tipo	197
4.2.2 Evolução, Características e Elementos do Tipo Penal	207
4.2.3 Aproximação entre o Tipo Penal e o Tipo do Direito Administrativo Sancionador: Uma Questão Constitucional.....	226
4.3 A TIPIFICAÇÃO DE CONDUTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO UMA QUESTÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA: O PROBLEMA DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS.....	240

4.4 A TEORIA DO GARANTISMO APLICADA AO DIREITO ADMINISTRATIVO NA MATERIALIZAÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA	254
CONCLUSÃO	265
BIBLIOGRAFIA	269

INTRODUÇÃO

A necessidade de combater a corrupção no Brasil fez com que o legislador pátrio estabelecesse diversos diplomas legais para esta finalidade. A insatisfação com o grau de resposta proporcionado pelo sistema penal, conduziu o legislativo à procura de solução em outras searas, o que acabou por gerar a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

A preocupação de combate à corrupção, conduzida por este diploma legal, busca coibir três tipos de atos, genericamente falando, quais sejam: o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e a violação de princípios.

Com relação a este último tipo de prática, a violação de natureza principiológica, o legislador, embora preveja algumas condutas que caracterizam a existência do ilícito de improbidade administrativa, estabeleceu uma espécie de “tipo aberto”, pois no art. 11, da Lei nº 8.429/1992, diz 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” (*in verbis*).

O tipo previsto é, portanto, meramente exemplificativo, ou seja, o rol de hipóteses que caracteriza a improbidade administrativa por violação principiológica é *numerus apertus*, mediante a utilização da palavra “notadamente” no dispositivo legal.

Assim, surge o problema a ser enfrentado na presente pesquisa, colocado nos seguintes termos: pode o legislador estabelecer um *tipo aberto*, que depende da aplicação de princípios, para delimitar o ilícito de improbidade administrativa, como ocorre no caso do art. 11, da Lei nº 8.429/1992?

Em função da maior “abstratividade” das normas principiológicas, ou da sua formulação por “conceitos jurídicos indeterminados”, é perceptível nos julgados, notadamente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), um excessivo grau de subjetivismo, descrito por muitos apenas como discricionariedade, mas que em verdade significam arbitrariedade, colocando em xeque a segurança jurídica.

Está assim posta a questão, a necessidade de proporcionar as melhores condições, do ponto de vista da dogmática jurídica, para a efetivação da lei de Improbidade Administrativa, pela caracterização do ilícito a partir da violação principiológica, em detrimento do subjetivismo e arbitrariedade do intérprete.

A pesquisa procura apresentar uma contribuição, minimamente uma tentativa, de aprimoramento da concepção da teoria dos princípios, que se adeque à aplicação desta espécie de norma, pois frente às suas peculiaridades estruturais e hermenêuticas é preciso combater e, principalmente, controlar a arbitrariedade, disfarçada de discricionariedade, na interpretação/aplicação do referido diploma legal.

A partir da delimitação do problema acima, surgem três hipóteses de pesquisa que irão nortear a presente tese. Cumpre esclarecer inicialmente que estas três hipóteses estão dispostas de forma encadeada, ou seja, uma fundamenta a outra, há entre elas uma junção fundamental.

A primeira hipótese parte da premissa de que a caracterização de ilícitos, que, por conseguinte, impõem a aplicação de sanções, que por sua vez implicam na restrição de *liberdades fundamentais* (direitos fundamentais), requer o respeito ao princípio da legalidade. O respeito ao princípio da legalidade é percebido, por sua vez, como decorrência da aplicação de um *sobreprincípio*, qual seja o da *segurança jurídica*.

A segunda hipótese parte, então, da ideia de que a legalidade como princípio de garantia da segurança jurídica, implica na necessidade de tipificação das condutas como requisito para a aplicação de sanções estatais.

Diante deste papel *punitivo* assumido pelo Estado, surge a terceira hipótese, que sustenta a necessidade de salvaguarda de um conjunto de direitos e garantias fundamentais na aplicação das sanções decorrentes da prática do ilícito de improbidade administrativa.

Esta última hipótese será trabalhada a partir da caracterização da improbidade administrativa como atos de direito administrativo sancionador, e da similitude destes com os atos punitivos de natureza penal.

A opção de recurso metodológico recaiu sobre a espécie de pesquisa exploratória, que tem como escopo central descrever o problema e posteriormente analisá-lo criticamente. Esta opção possibilita explicitar ao máximo o tema pesquisado e ao final levantar novas hipóteses, com a finalidade de um aprofundamento futuro, sem necessariamente, em um primeiro momento, estabelecer uma resposta definitiva à hipótese inicial. Isso não significa ausência de proposta, mas a sua flexibilidade, até porque se trata de uma tese.

Utilizou-se, basicamente, de levantamento bibliográfico e do estudo de alguns casos, retirados do repertório jurisprudencial. Sendo assim, considerando a característica da pesquisa, a doutrina jurídica e *jusfilosófica* acerca do tema constitui a principal fonte de pesquisa.

O trabalho é subdividido em quatro partes, cada uma delas representada por um capítulo, que serão apresentados em síntese doravante.

A primeira parte do trabalho demonstra a delimitação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) como um dos instrumentos hábeis de combate à corrupção no Brasil. Aborda os principais aspectos da legislação, principalmente na definição das condutas que caracterizam o ato como improbo. O enfoque do trabalho, porém, insiste-se, recai sobre a prática de atos de improbidade por violação de princípios.

A segunda parte da pesquisa é direcionada para a teoria dos princípios. Desde a compreensão dos princípios como normas jurídicas, diferenciando-os das regras e analisando as situações de conflitos normativos e a sua solução. São analisadas, ainda, as principais construções teóricas sobre princípios formuladas pela doutrina nacional.

Ainda na segunda parte, faz-se um estudo sobre os princípios da Administração Pública, objeto de proteção da Lei de Improbidade Administrativa, com o principal enfoque recaindo sobre o princípio da moralidade.

A terceira parte da tese é direcionada para o problema da discricionariedade das interpretações jurídicas e a necessidade de efetivação do princípio da segurança jurídica. O modelo de interpretação valorizado no Brasil tem investido em teorias da argumentação jurídica, ao preço de se produzir

decisões dotadas de arbitrariedade. Como contraponto a este fato opôs-se o princípio da segurança jurídica, na concretização de princípios, quando se trata do exercício do *jus puniendi* estatal.

A aproximação da natureza jurídica do direito penal com o direito administrativo sancionador (improbidade administrativa), e a necessidade de efetivação do princípio da legalidade, por intermédio da concretização da tipicidade, como corolário da necessidade de segurança jurídica, é o norte do último capítulo da pesquisa.

Ademais, defende-se, ainda, a necessidade de respeito às garantias constitucionais no exercício do direito punitivo estatal, o que se amolda também quando da aplicação da lei que define a *improbidade administrativa*.

O objetivo central da pesquisa foi investigar se há possibilidade de aplicação direta de princípio jurídico na interpretação/aplicação do art. 11, da Lei nº 8.429/92, na tipificação de ato de improbidade, diante da realidade da Teoria do Direito, e das teorias da interpretação e da argumentação, em confronto com o princípio da segurança jurídica.

A conclusão é uma síntese da resposta levantada pela construção da tese, com base na resolução do problema apresentado e em cumprimento ao objetivo nuclear firmado. Não será antecipada, pois a sua compreensão requer a análise detalhada da pesquisa, que ora segue.

CAPÍTULO 1 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA RESPOSTA À CORRUPÇÃO

Tornou-se, no Brasil, lugar comum a concepção da existência de um “alto grau” de corrupção¹ identificável ao redor do Poder Público e a sua lesividade para o Estado Democrático de Direito. Isto, por sua vez, denota a necessidade de estudos científicos dedicados à temática, também na área jurídica, devido ao volume de prejuízos (sociais e financeiros, principalmente) gerados pela

¹ “Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo corrupção. Tanto pode indicar a ideia de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumirá uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa.

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.” (GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p.49)

“Corrupção é um termo ouvido com muita frequência hoje em dia. Contudo, causa muita discussão quanto a sua origem e a sua conceituação, sendo raramente apresentada com uma definição clara de seu entendimento. De uma maneira geral, a sua compreensão está relacionada tanto com o aspecto moral quanto com o jurídico. Especialmente com depravação, costumes sociais, roubo, furto, enriquecimento ilícito, favorecimento indevido, suborno, propina, etc. (...) Segundo grande parte dos estudiosos, a corrupção, assim como a violência e a avareza, é condição da natureza humana, por isso, sendo circunstâncias integradoras ou energias inerentes à natureza do ser humano, podendo elas vir à tona e manifestar-se em qualquer um de nós, causando consequências imprevisíveis. Assim, de um modo geral, parece haver concordância de que a origem da corrupção está na própria natureza humana que, igual a outras hipóteses nada edificantes, tais como a violência, a avareza e o ódio, possui controles decorrentes do meio em que o homem vive: família, religião, grupo social, educação, formação, Estado Democrático, etc., mas que podem, por circunstâncias de contexto, romper os controles sociais e causar malefícios terríveis.” (MILESKI, Helio Saul. **O Estado Contemporâneo e a Corrupção**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 344/345.)

“A corrupção representa momentos de mau funcionamento das organizações do sistema político, que criam sistemas de incentivo para que esse tipo de comportamento se torne comum na política. Estes momentos de mau funcionamento do sistema institucional da política estão associados ao fato de as organizações do sistema serem pouco adaptáveis às mudanças, simples, sujeitas à captura por parte da burocracia do Estado e pouco coesas. Quando isso ocorre, segundo Huntington, ocorre a corrupção na política.” (FILGUEIRAS, Fernando. **Marcos Teóricos da Corrupção**. In AVRITZER, Leonardo *et alii*. **Corrupção: Ensaio e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 301.)

“No caso do Brasil, é bem clara a vigência de uma cultura que vê com olhos lenientes a trapaça em favor do interesse próprio e a inobservância das regras em qualquer plano, e que provavelmente se articula com nossa herança de escravismo, elitismo e desigualdade. Quer se trate das grandes ‘maracutaias’ que provocam a indignação da classe média (curiosamente, já que ela sem dúvida compartilha a cultura em questão), quer das formas mais brutais e violentas de criminalidade, que se expandem, ou mesmo da instabilidade que tem marcado tão longamente as nossas instituições políticas, essa cultura desatenta às regras se mostra de maneiras diversas.” (REIS, Fábio Wanderley. **Corrupção, Cultura e Ideologia**. In AVRITZER, Leonardo *et alii*. **Corrupção: Ensaio e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 329.)

corrupção que se tem notícia diariamente no país, seja por intermédio da imprensa², ou por outros meios, como as redes sociais, por exemplo.

“(…) a corrupção ocorre na interface dos setores público e privado, de acordo com sistemas de incentivo que permitem aos agentes políticos maximizarem utilidade mediante suborno e propina. A corrupção está correlacionada ao comportamento *rent-seeking*, mediante o qual os agentes políticos tendem a maximizar sua renda privada. Essa maximização de bem-estar está inserida dentro de um contexto de regras determinadas e de uma renda fixada de acordo com as preferências individuais. (...) Os agentes buscarão a maior renda possível, dentro ou fora das regras de conduta. O resultado é a transferência de renda dentro da sociedade através da existência de monopólios e de privilégios.”³

As consequências perceptíveis de forma mais direta são: o prejuízo ao erário e, como consequência disto, o enriquecimento ilícito de pessoas à custa do dinheiro público, relacionados os atos que efetivam a prática da corrupção às condutas de *agentes públicos*.

“(…) pode-se afirmar que, hoje em dia, certas características do próprio sistema de organização política parecem contribuir, em alguma medida, para abuso do cargo público em benefício do funcionário ou de terceiros interessados, até porque, o Estado atual, na sua ação de concretização de objetivos, tem interferido de forma ativa e regularmente na vida econômica, visando à busca de estabilidade e uma mínima igualdade, com favorecimento de alguns agentes econômicos e sociais em detrimento de outros, circunstância que propicia a ocorrência de atos corruptos.”⁴

Apenas adverte-se, contudo, que, não necessariamente o prejuízo e o enriquecimento ilícito estão relacionados como causa-consequência, podendo ocorrer de forma individualizada, sem relação, portanto.

²“(…) como os meios de comunicação – mídia, passaram a abrir amplos espaços para notícias relacionadas com a corrupção administrativa, estabeleceu-se um elo entre corrupção, política e negócios.” (MILESKI, 2015, op. cit., p. 352.)

³ FILGUEIRAS, 2012, op. cit., p. 303.

⁴ MILESKI, 2015, op. cit., p. 348.

Não se pode, também, sonegar o fato de que a *corrupção* tem suas origens históricas e cultural⁵. Preciso, pois, investigar as condições historicamente construídas para a disseminação da corrupção no Brasil⁶.

“O Brasil foi (...) colonizado, numa infeliz coincidência histórica, por uma nação que se encontrava praticamente falida, sem condições materiais, culturais e morais para formar, nesta parte do mundo, uma sociedade de homens livres. Que se poderia, pois, esperar de uma sociedade fundada na aventura, e não no trabalho, na caça ao índio, na escravidão do negro, na degradação da mulher, na mancebia geral, na prostituição, na ignorância, na superstição, na injustiça e no medo? Que se poderia esperar num país cujas terras eram dadas de graça, e em tratos imensos, a fidalgos incapazes de cultivá-las enquanto se negava uma nesga de terra àqueles que queriam plantar e criar? (...) Quem nada possui nada pode defender. E muito menos ideais ou princípios. Não se encontra, evidentemente, no clima nem na raça a causa de nossos males. Ela está nessa estrutura econômica quase inalterada em mais de quatro séculos.

⁵ “A corrupção, literalmente, é a ação pela qual uma coisa apodrece ou se estraga. Assim, os desvios da conduta humana, a raiz do problema confunde-se com os próprios *costumes (mores)*, com àquele que se deixa corromper, estragar, *vender*, subornar. (...) Sem dúvida alguma, sendo um fenômeno cultural, tem explicações e revelações na análise dos povos, na análise da forma de sua organização e formação. Tudo influencia no fenômeno. A cultura, a religião, a história, a organização jurídica do Estado dão respostas parciais para entendê-la.” (FIGUEIREDO, Marcelo. **A “Corrupção” e a Improbidade – Uma reflexão.** In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.254.)

“Outro fator importante e relevante da análise da corrupção é a questão cultural. Efetivamente, para entender-se um ato como corrupto ou não, deve-se buscar a definição desse ato no contexto cultural da sociedade. Assim, pode-se dizer que o suborno, o presente e a propina, em sua definição, é um assunto cultural. Todavia, como a *cultura* é dinâmica e está em constante mudança, o modo de cultura no tempo e no espaço é que irá ditar se um ato é ou não corrupto.” (MILESKI, 2015, op. cit., p. 364.)

⁶ “Há quem sustente que a corrupção no Brasil teria as suas raízes históricas remontando ao descobrimento. A primeira notícia que se tem, conquanto não configure exatamente uma forma de corrupção, pelo menos pode dar margem a dúvida interpretação. Assim, não teria sido de todo desinteressada a primeira carta, do punho do escriba Pêro vaz de Caminha, datada de Porto Seguro da Ilha de Vera Cruz, a 1º de maio de 1500, em cujo final ele solicita favores para o genro – Jorge de Osório – ao rei D. Manuel, de Portugal.” (HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção – Enfoque Sócio-Histórico-Jurídico-Penal.** Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 3.)

“Quem quer que nos leia com real interesse, e não por simples curiosidade ou passatempo, há de chegar, por força, à conclusão de que os nossos males têm sua origem nas condições econômicas em que nos constituímos e, com ligeiras modificações, continuamos, como descendentes, herdeiros e continuadores de fidalgos arruinados, dependentes de mercês reais, e, portanto, servis, amorais, e de colonos plebeus, degredados e degradados, ignorantes, indolentes e devassos, em situação econômica ainda mais precária. E tanto os fidalgos que vinham feitorizar o país como os plebeus, que vinham para a aventura, só tinham, com raríssimas exceções, uma aspiração: a de voltarem ricos, e o mais cedo possível.” (ROMERO, Abelardo. **Origem da Imoralidade no Brasil.** Rio de Janeiro: Conquista, 1967, p. 225.)

Somos, como povo, a expressão moral, a manifestação espiritual dessa estrutura.”⁷

A grande realidade é que, “ao contrário do que ocorreu em outras colonizações, no caso específico do Brasil, os colonizadores não se preocuparam em construir o estofo moral do povo, muito menos se preocuparam com o seu destino, enquanto nação”⁸.

O fato é que sempre esteve presente na história do Brasil o *fenômeno da corrupção*, uma vez que:

“Corrupção política, como tudo mais, é fenômeno histórico. Como tal, ela é antiga e mutante. Os republicanos da propaganda acusavam o sistema imperial de corrupto e despótico. Os revolucionários de 1930 acusavam a Primeira República e seus políticos de carcomidos. Getúlio Vargas foi derrubado em 1954 sob a acusação de ter criado um mar de lama no Catete. O golpe de 1964 foi dado em nome da luta contra a subversão e a corrupção. A ditadura militar chegou ao fim sob acusações de corrupção, despotismo, desrespeito pela coisa pública. Após a redemocratização, Fernando Collor foi eleito em 1989 com a promessa de caça aos marajás e foi expulso do poder por fazer o que condenou. De 2005 para cá, as denúncias escândalos surgem com regularidade quase monótona.”⁹

E acrescenta-se que, esse foi o argumento que gerou todo o processo que conduziu à declaração do impedimento da Presidente Dilma Roussef, e que, simultaneamente, faz parte do arcabouço que sustenta a operação “lava-jato”, conduzida pela Justiça Federal, e fomentada por uma força-tarefa, em conjunto, da Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

É inegável que no caso brasileiro, o crescimento da preocupação com a corrupção está diretamente relacionado a expansão do acesso à informação, da consciência política da sociedade¹⁰, do “tamanho” do Estado, principalmente, o

⁷ ROMERO, 1967, op. cit., p. 226/227.

⁸ HABIB, 1994, op. cit., p. 11.

⁹ CARVALHO, José Murilo. **Passado, Presente e Futuro da Corrupção Brasileira**. In AVRITZER, Leonardo *et alii*. **Corrupção: Ensaios e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 200.

¹⁰ “(...) aumentou a percepção acerca da gravidade da corrupção no Brasil, visto que 73% dos brasileiros a consideram um fenômeno muito grave. Temos, portanto, uma significativa mudança de opinião na sociedade brasileira sobre a corrupção, um dos males gerados pela forma

que acarreta no crescimento da “pressão por reformas políticas e no sistema policial e judiciário no sentido de impedir o desvio de recursos públicos e de punir os culpados”¹¹.

Outro ponto, decorrente do combate à corrupção é perceptível na realização das competências do Estado direcionadas a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente aqueles de cunho social. O Estado Democrático de Direito vê-se impossibilitado de concretizar esse objetivo, muitas vezes, entre outros motivos, devido ao desfalque proporcionado ao erário pelas práticas que materializam a corrupção¹². Assim, a “corrupção é um “imposto” dos mais cruéis que o contribuinte paga, além de comprometer o desenvolvimento do país, causando danos irreparáveis à sua população”¹³.

“(…) Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da *reserva do possível* ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.”¹⁴

Isso se torna mais lesivo e perigoso em um país de baixo desenvolvimento humano, como é o caso do Brasil, requerendo medidas de combate a essa histórica mazela social¹⁵, qual seja: a corrupção; fundada

equivocada de financiamento do sistema político.” (AVRITZER, Leonardo. **Os Impasses da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 84.)

¹¹ Idem. *Ibidem*, p. 205.

¹² “Os efeitos da corrupção sempre são indesejáveis à economia e à sociedade de qualquer país, mas os seus efeitos são mais devastadores nos países em desenvolvimento porque afetam diretamente o crescimento, os investimentos, a economia nacional e o desenvolvimento econômico e social. A corrupção leva ao desperdício e à ineficiência em razão do desvio na alocação de recursos disponíveis, provoca distorções discriminatórias nos serviços, pois nem sempre o mais eficiente é o que prestará os serviços públicos, e eleva os gastos governamentais.” (NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Corrupção: O combate através da prevenção**. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.19.)

¹³ BRAGA, Pedro. **Ética, Direito e Administração Pública**. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.93.

¹⁴ GARCIA e ALVES, ob. cit., p.70.

¹⁵ “Herdamos e aprendemos com os portugueses a conciliar, e não há, talvez, exemplo mais decepcionante de conciliação do que aquele que nos dera o padre Vieira quando, colocado certa vez num dilema (ficar do lado dos escravistas do Maranhão ou do lado dos brasis) teve uma saída casuística ao dizer que “era fácil conciliar a consciência com o interesse”. Essa vem sendo nossa conduta doméstica e pública, eclesiástica e secular, burocrática e mercantil, política, jurídica e moral.

essencialmente em um fisiologismo patrimonialista¹⁶ e personalista¹⁷ onde a impunidade tem imperado, uma vez que a “responsabilização moral do agente é sensivelmente enfraquecida, terminando por se diluir com uma mistura infalível: o passar do tempo e um bom exercício de retórica”¹⁸.

“Ainda nos anos 1960, era possível ganhar eleições no Brasil com o slogan informal “rouba, mas faz”. Mesmo nos anos 1970, histórias sobre a corrupção e a certeza da impunidade faziam desta uma prática completamente instituída no sistema político. Mas a Constituição de 1988 e a criação de alguns novos formatos institucionais começaram a virar o jogo.”¹⁹

A Constituição Federal de 1988 torna-se um marco para delimitação do combate à corrupção, com a tutela da exigência de comportamentos éticos, morais, lícitos e probos, naquilo que envolve a Administração Pública. A Carta Política, nesse desiderato, “contempla ao todo 58 normas constitucionais, entre princípios e preceitos dirigidos ao Estado, à sociedade ou a ambos que tratam da matéria, ora enunciando seu referencial de valor (substantivo), ora definindo os instrumentos que devem garanti-la”²⁰.

Inobstante as normas constitucionais que amplificaram o arcabouço jurídico de combate à corrupção, existe, ainda, um conjunto de diplomas legais de

E foi precisamente em virtude conciliação da consciência com o interesse , quase sempre moralmente antagônicos, que vimos conciliando, desde o XVI século, a cruz com o arcabuz, a escravidão com a fraternidade, o assassinato com a pregação do nono mandamento, a castidade com o estupro, a indissolubilidade do vínculo matrimonial com a mancebia, a virgindade com a prostituição, a religião com o fetichismo e o direito com a fôrça.” (ROMERO, 1967, op. cit., p.13)..

¹⁶ Há quem conteste a tese do patrimonialismo, como, por exemplo, Jessé Souza, ao afirmar que: “A tese do patrimonialismo serve para ocultar um tipo de capitalismo selvagem e voraz – construído para beneficiar uma pequena minoria – e ainda apontar o culpado em outro lugar: no Estado, supostamente o único lugar de todos os vícios sociais. (...) Na realidade, quase sempre que existe corrupção no Estado há também corruptores no mercado. A corrupção – compreendida como vantagem ilegítima em um contexto de pretensa igualdade – é, aliás, dado constitutivo tanto do mercado quanto do Estado em qualquer lugar do mundo. A fraude é uma marca normal do funcionamento do mercado capitalista sempre que este não seja estritamente regulado. A última crise financeira apenas deixou isso claro como a luz do sol para todos. (...) Mas a cantilena sobre o patrimonialismo só do Estado e a exaltação da ‘confiança’ (um traço cultural pretensamente apenas norte-americano para nossos cientistas sociais colonizados até o osso) somente do mercado, continua sendo repetida à exaustão ao arrepio da realidade.” (SOUZA, Jessé. **A Tolicia da Inteligência Brasileira: Ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: LeYa, 2015, p. 91/92.)

¹⁷ Vide HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.153-166.

¹⁸ GARCIA e ALVES, ob. cit., p.66.

¹⁹ AVRITZER, 2016, op. cit., p. 83.

²⁰ FIGUEIREDO, 2008, op. cit., p. 258.

natureza infraconstitucional engendrado para a mesma finalidade, pois, ante a constatação da realidade que nos mostra um conjunto de atos desonestos que afetam não somente o Estado enquanto instituição, mas a toda a sociedade, “todo o ordenamento jurídico brasileiro, a partir mesmo de sua pauta máxima, consagra anátemas candentes e sem contradições à desonestidade, à improbidade, à falta de decoro, à imoralidade, à corrupção”²¹.

Assim, diante da falibilidade dos mecanismos de (auto)controle social para combater o fenômeno da corrupção, não resta outra alternativa senão buscar a efetivação de instrumentos de persecução e de repressão juridicamente engendrados para essa finalidade.

1.1 EVOLUÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL A PARTIR DOS PRINCIPAIS MARCOS JURÍDICOS

O objetivo neste tópico é demonstrar, entre as principais construções jurídicas na história recente do Brasil, que têm como objetivo claro o combate à corrupção, a inserção da persecução à *improbidade administrativa*. Dois são os marcos principais para esse processo, e que interessam a esta pesquisa: a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Inobstante o recorte da presente tese, reconhece-se a existência de outros diplomas legais importantes para essa finalidade, como por exemplo: lei de reponsabilidade por crimes políticos (Lei nº 1.079/1950), a lei da ação popular (Lei nº 4.717/1965), lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/1983), lei geral de licitação (Lei nº 8.666/1993), lei contra a compra de votos (Lei nº 9.840/1999), a lei da ficha limpa (Lei Complementar nº 135/2010), lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), entre outros diplomas legais que indiretamente objetivam o combate à corrupção, tendo como exemplo maior o Código Penal²².

²¹ FERRAZ, Sergio. **Corrupção, Ética e Moralidade na Administração Pública**. In PIREZ, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.367.

²² O objetivo não é esgotar a relação dos diplomas legais de combate à corrupção, mas tão somente ilustrar, apontando alguns dos principais, pois o objeto da tese recai sobre a Lei de Improbidade Administrativa, que demandará maior aprofundamento.

Analisar-se-á primeiro a disposição constitucional sobre a improbidade administrativa.

1.1.1 Marco Constitucional

No intuito de proteger a moralidade e *res publica*, a Constituição Federal²³ normatiza em diversos momentos o combate à *improbidade administrativa*, quais sejam: arts. 14, §9⁰²⁴, 15, V²⁵, 85, V²⁶, e, principalmente no art. 37, §4⁰, que será visto em destaque. Além dessas disposições diretas, é indubitável a conexão de disposições constitucionais da Administração Pública com a ideia de moralidade que permeia a *improbidade administrativa*, como a previsibilidade de concurso público para provimento de cargos (art. 37, II) e a obrigatoriedade de licitar (art. 37, XXI), por exemplo, sem deixar de referenciar todos os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*): legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência.

Há também a previsão de direitos fundamentais direcionados à manutenção da probidade, todos tutelados no texto da Constituição Federal de 1988, e com o escopo de instrumentalizar o cidadão para pleitear a proteção da moralidade, como por exemplo: direito de petição aos órgãos públicos (art. 5^o, XXXIV, a), o direito à obtenção de informações de interesse coletivo (art. 5^o XXXIII), o direito à interposição de mandado de segurança (art. 5^o, LXIX e LXX), o direito à proteção contra as omissões pela via do mandado de injunção (art. 5^o,

²³ Importante frisar que: “Todas as Constituições brasileiras republicanas (1891, ar. 54, 6^o; 1934, art. 57, f; 1937, art. 85, d; 1946, art. 89, V; 1967, art. 84, V, e EC 1/69, art. 82, V; 1988, art. 85, V) contemplaram a improbidade como crime de responsabilidade do Presidente da República e dos altos funcionários do Estado, o que não deixa de ser significativo e marcante, porque os ilícitos de responsabilidade, por atingirem o mais alto mandatário da nação, revestem-se de uma gravidade peculiar. (...) Não é novidade, pois, o *status constitucional* do dever de probidade, nem sua singular importância no direito brasileiro, visto que se trata de obrigação máxima do Presidente da República e dos altos mandatários da nação, com larga tradição no sistema constitucional.” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência.** 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

²⁴ Art. 14. (...) § 9^o **Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa**, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n^o 4, de 1994) (grifo inautêntico)

²⁵ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V - **improbidade administrativa**, nos termos do art. 37, § 4^o. (grifo inautêntico)

²⁶ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - **a probidade na administração**. (grifo inautêntico)

LXXI), a proteção coletiva pela ação popular (art. 5º, LXXIII), ou pela ação civil pública (art. 129, III).

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, §4º²⁷, prescreve a estipulação de uma lei para identificar atos que representem a caracterização do ilícito denominado de improbidade administrativa²⁸. Resta claro pela redação do dispositivo que ele distingue o ilícito ali caracterizado dos ilícitos penais, sem que haja sobreposição, devido a diversidade de natureza jurídica, além disso, o “ilícito civil de improbidade administrativa, com os contornos que tem no nosso ordenamento jurídico, é *sui generis*: só existe no Brasil”²⁹.

“É na Constituição Federal de 1988, portanto, que a improbidade administrativa foi tratada como ilícito de responsabilidade e ilícito extrapenal, num movimento inovador e desprendido da tradição constitucional. São duas definições distintas, diretamente inseridas na Constituição Federal: a primeira seguindo a tradição das Constituições republicanas, denotando o fenômeno da responsabilidade dos altos mandatários do povo, ao passo que a segunda inaugurando uma inédita modalidade sancionadora, transcendendo os limites penais, intimamente ligada ao direito administrativo. Nada foi mencionado para além disso, silenciando a Constituição Federal a respeito da natureza da improbidade administrativa, ali no art. 37, § 4º ou no art. 85, V, ambos da CF, neste último ressalvada a menção a crime de responsabilidade, o qual, por si só, suscita controvérsias autônomas.”³⁰

Há perceptível incorporação pela Constituição Federal de 1988 de uma ideologia constitucional de probidade administrativa, uma vez que:

²⁷ Art. 37. (...): §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

²⁸ “É novidade histórica, sem embargo, a previsão da improbidade no art. 37, § 4º, da CF, pela forma de tratamento dispensado à matéria. Destacamos o modelo brasileiro, no tratamento da improbidade administrativa, à luz do direito administrativo, como um modelo centralizador, partindo da Constituição Federal, uma forma original de encarar o problema, rompendo a tradição mais ou menos linear que as Constituições antecessoras marcaram, na oscilação entre a perspectiva penal e a perspectiva puramente ressarcitória, encarada também como cível, além do enfoque infraconstitucional sempre voltado ao campo disciplinar. Daí, em boa medida, a origem da perplexidade da doutrina e jurisprudência pátrias, diante do assunto, considerando o desenho constitucional construído no aludido art. 37, § 4º, da Magna Carta.” (OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 98.)

²⁹ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.292.

³⁰ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 99.

“O constituinte originário ao frisar em diversas disposições espalhadas estrategicamente pelo corpo do texto constitucional a referida ideologia, ou seja, nos capítulos atinentes aos direitos e deveres individuais e coletivos, aos direitos políticos, à Administração Pública, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Ministério Público, deixou clara a opção ideológica da Constituição Cidadã: a probidade na Administração Pública, em todos os níveis. Trata-se de um ‘valor superior’, ou seja, de um daqueles ‘valores axiológicos fundamentais que o Estado pretende implementar por meio da ordem jurídica’ (...)”³¹

Diante da adoção de uma *ideologia de valorização da probidade administrativa*, conjugada com a ratificação pelo Brasil de Tratados Internacionais de combate à corrupção, com especial menção à Convenção Interamericana Contra a Corrupção³² e à Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção³³, pode-se afirmar que “a partir dos primórdios do século XXI, pode-se afirmar que estamos diante de um direito público subjetivo dos povos e nações, em outras palavras, um novo direito fundamental: o **direito fundamental à probidade administrativa**”³⁴. (grifo autêntico)

“Embora interesse ao homem individualmente considerado, o direito fundamental à probidade administrativa visa à proteção do povo e da Nação brasileira contra a corrupção administrativa, direito reconhecido na Constituição Federal em face dos diversos princípios e regras destinados a enfrentá-la, referidos inicialmente, da Lei de regência (LIA), e, no plano transnacional, das convenções Interamericana (CICC) e da ONU Contra a Corrupção, internalizadas pelo nosso ordenamento jurídico.”³⁵

Assim, pode-se afirmar que a existência do direito a um governo honesto “constitui corolário da cidadania e representa o direito de todas as pessoas que participam da comunidade política a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura”³⁶, além da imposição de

³¹ BERTONCINI, Mateus. **Direito Fundamental à Probidade Administrativa**. In OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano e GHIGNONE, Luciano. **Estudos Sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 5.

³² Decreto nº 4.410/2002, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 152/2002.

³³ Decreto nº 5.687/2006, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 348/2005.

³⁴ BERTONCINI, 2010, op. cit., p. 13.

³⁵ Idem. Ibidem, p. 15.

³⁶ PLATES, José Rubens. **Direito Fundamental ao Governo Honesto**. In Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 36, p. 79-100 – Edição Especial 2011, p. 86/87.

respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente a impessoalidade, a moralidade e a legalidade.

Não significa que existe um direito fundamental específico que tutele a necessidade de um governo honesto, “mas sim de um complexo de direitos e garantias que reúne todas as prerrogativas que o indivíduo tenha para poder exigir a probidade e a lisura na administração pública”³⁷.

Esse direito fundamental já foi reconhecido em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo - traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.”³⁸

Um dos instrumentos, contudo, para o combate à corrupção, consoante determinação constitucional (art. 37, § 4º), a ser editado pelo Poder Legislativo, para dar efetividade à Constituição Federal de 1988, e assegurar a busca pela concretude do direito fundamental ao governo honesto, teve como uma de suas tarefas nucleares definir *improbidade administrativa*, consoante será visto a seguir.

1.1.2. Marco Legal: Lei de Improbidade Administrativa

O afastamento entre as esferas civil e penal, corroborado pela edição da lei prescrita pela Constituição Federal, qual seja a Lei nº 8.429/92³⁹, em substituição às Leis nº 3.164/1957⁴⁰ e 3.502/1958⁴¹, foi uma tentativa de evoluir na persecução da impunidade

³⁷ Idem. Ibidem, p. 87.

³⁸ Supremo Tribunal Federal. MS 27141 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 22.02.2008. DJe de 27 fev. 2008.

³⁹ “A LGIA surgiu em substituição à lei anterior (Lei 3.502/1958), que se restringia ao combate ao enriquecimento ilícito, ostentando, agora, um objeto mais amplo. Entretanto, apesar de inegável amplitude de alcance, a denominação do preâmbulo da LGIA continuou inadequadamente restrita, como se fosse Lei do Enriquecimento Ilícito, quando seria, era e é muito mais que isso.” (OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 101.)

⁴⁰ “Editada na vigência da Constituição de 1946, a Lei Federal 3.164, de 01.06.1957, ou Lei Pitombo-Godoí Ilha, como ficou conhecida, regulamentou o art. 141, § 31, daquela Carta Constitucional, dispondo sobre o sequestro e o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, independente da responsabilidade penal cabível.” (TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade e Controle Principiológico**. 2ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p.150.)

gerada pela corrupção que envolvia a Administração Pública, em um momento histórico extremamente delicado, neste sentido, devido aos escândalos que envolveram o Presidente da República e o seu “assessor financeiro” de campanha, no período que antecedeu imediatamente a edição do novel diploma jurídico⁴².

“(…) criada no final do Governo Fernando Collor de Mello, que, como se sabe, acabou destituído do cargo por impeachment e prática de atos de improbidade administrativa, típica responsabilidade política. Vinha, inicialmente, como um projeto muito parecido ao anterior, a Lei de Enriquecimento Ilícito, de inspiração norte-americana, com suas cláusulas gerais e termos indeterminados, mas com um rol muito restrito de sanções, limitando-se à indenização dos cofres públicos e perda de bens adquiridos ilicitamente. A ideia original era defender a honra do Governo Collor, apresentando uma lei contra a improbidade que estava sendo criada pelo Congresso, por conta de iniciativa governamental. O que se averiguou é que a LGIA, nos moldes do projetado por seu ideólogo originário, não acrescentava nada em termos de novidades sancionadoras. Sem embargo, o Código comentado recebeu múltiplas emendas no Congresso Nacional e acabou ampliando seus tentáculos sancionadores. (...) Não custa recordar que é natural, até previsível, em tempos de escândalos públicos que atingem governos, que estes busquem lançar os chamados “pacotes anticorrupção”, para demonstrar à opinião pública seu engajamento nesta causa tão nobre.”⁴³

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa foi emblemática, pois:

“(…) afastando-se do sistema penal de responsabilidade, evitou dois dos maiores obstáculos à eficiência do sistema punitivo: (i) fugiu do foro privilegiado, fonte de impunidade; (ii) deixou a investigação a cargo de outras instituições que não a Polícia Judiciária, vinculada ao Executivo e sujeita a ingerências políticas; neste ponto, a instituição que mais se

⁴¹ A Lei 3.502, de 21.12.1958, alcunhada de Lei Bilac Pinto, em homenagem ao Deputado autor do projeto, veio complementar o diploma legal antes referido, introduzindo algumas novidades. (...) Esta lei tinha feição de norma confirmativa, somente revogando os dispositivos da Lei 3.164/57, naquilo que fossem com ela incompatíveis.” (TOURINHO, 2009, op. cit., p. 150/151.)

⁴² “A raiz legislativa da lei Federal 8.429/92 se encontra no anteprojeto de lei remetido pelo Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, ao então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, contendo treze artigos que dispunham sobre enriquecimento ilícito, constituindo, em verdade, uma versão remodelada da Lei Bilac Pinto. Ao tramitar pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, o Projeto de Lei, que recebeu o n. 1.446/91, sofreu centenas de emendas, principalmente no Senado Federal, provavelmente em decorrência dos sucessivos discursos de combate à corrupção que se acentuaram após a Constituição de 1988, em razão da cobrança popular – estimulada pelos meios de comunicação – cansada de assistir indefesa à sucessivas ondas de malversação e ilícitos que rondam a esfera administrativa.” (Idem. Ibidem, p. 152.)

⁴³ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 102, nota de rodapé nº 38.

desincumbiu da tarefa de investigação e do combate à corrupção foi, não por acaso, outra instituição peculiar brasileira, o Ministério Público (...).”⁴⁴

O raciocínio que conduziu, portanto, à edição da Lei de Improbidade Administrativa foi a de **inovação**, vez que foi editada uma **nova** lei, com um **novo** foro (as instâncias singulares do Judiciário), para ser usada por uma **nova** Instituição (o Ministério Público, que após a edição da Constituição Federal de 1988 é uma instituição renovada em relação às suas antigas bases). De velho só o problema: o combate à corrupção⁴⁵.

Salienta-se que, a definição de improbidade administrativa não decorre do esforço do legislador, uma vez que “nem a Constituição Federal e nem a Lei n. 8.429/92 conceituam ato de improbidade administrativa”⁴⁶, até porque este não deve ser um trabalho do legislador. A ideia de probidade decorre da noção de *retidão, honradez, decência, lealdade, honestidade, confiança, boa-fé*, ou seja, virtudes que devem nortear as ações de uma pessoa na vida social. Com esteio nessa premissa, entende-se que a definição de improbidade administrativa deve:

“(…) abranger os fenômenos de grave desonestidade e intolerável ineficiência funcionais dos homens públicos, devemos pensar que exclusivamente os casos mais graves estão em condições de integrar-se a este conceito normativo. Assim, por exemplo, não será toda desonestidade que indicará falta de probidade, muito menos toda ineficácia se encaixará nesta categoria normativa. (...) Em nossa construção, o dever de probidade apresenta seus conteúdos conectados à ideia de honra na função pública.”⁴⁷

A noção é demasiadamente ampla, e diversos valores, portanto, podem ser enquadrados na definição de improbidade, o que impõe ao legislador a tarefa de *completar* esse sentido normativamente, ao definir as condutas e valores que caracterizarão os atos ímprobos. Perceba-se que com essa delimitação legislativa se diminui a esfera de *insegurança*, ou seja, trata-se de busca por *segurança jurídica*, mediante a certeza conferida pela normatização do que é ou não ato de improbidade administrativa.

⁴⁴ GIACOMUZZI, op. cit., p.293.

⁴⁵ Idem. Ibidem, loc. cit..

⁴⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 22.

⁴⁷ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 96.

“Deflui esse entendimento do fato da legalidade administrativa estabelecer também a submissão do Estado a toda ordem jurídica. Sendo um dos encargos do legislador constituir modelos jurídicos, a partir da realidade, para estabelecer abstratamente, valores que a colocam como um fim a ser alcançado. (...) Deve a ação ser típica e antijurídica, ou seja, adequando-se com a descrição feita pela lei, objetivando subsumir na mesma a conduta de quem praticou um ato ilícito, para fundamentá-lo.”⁴⁸

Não se pode negar, todavia, que a legislação apontada possui uma íntima relação com o de combate à corrupção, como busca de efetivação do direito fundamental a um governo honesto. Não somente como um combate genérico à corrupção, uma vez que “a Lei de Improbidade veio à superfície com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública”⁴⁹, devendo, para essa finalidade, especificar os atos considerados ímprobos.

Neste particular, em relação à Lei de Improbidade Administrativa, avalia-se que “num país no qual a corrupção sempre campeou e ainda infelizmente campeia, esse instrumento acabou servindo como nenhum outro na história brasileira para o combate à corrupção”⁵⁰.

Acontece, todavia, que o significado de improbidade administrativa, extremamente polêmico, hoje é interpretado em sentido amplo, consoante a seguinte definição:

“Com efeito, improbo não é só o agente desonesto, que se serve da Administração Pública para angariar ou distribuir vantagens em detrimento do interesse público, mas também aquele que atua com menosprezo aos deveres do cargo e aos valores, direitos e bens que lhes são confiados. Seria também aquele que demonstra ineficiência intolerável para o exercício de suas funções.”⁵¹

O conceito acima colacionado faz expressa menção à caracterização de atos de improbidade por desvio de valores, ou seja, de princípios insculpidos pelo sistema jurídico para a Administração Pública, tornando-se imprescindível a

⁴⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008, p. 290.

⁴⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentário à Lei nº 8.429/92**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 27.

⁵⁰ GIACOMUZZI, ob. cit., p.293.

⁵¹ TOURINHO, 2009, op. cit., p.147.

definição dogmática dos princípios, de sua estrutura normativa e de sua aplicação, como forma de dar concretude ao diploma legal definidor do sentido de improbidade administrativa.

Diante do quadro apresentado, fica claro que a legislação brasileira na área de improbidade administrativa busca o combate ao *governo desonesto* e a *má gestão pública*. Sobre a noção de *má gestão pública* e o seu combate, pertinentes observações são trazidas por Fábio Medina Osório, ao afirmar que:

“Diante dos paradigmas de boa gestão pública e de imputação dos agentes públicos, vale reconhecer que há muitas classes de infrações ou faltas pessoais dos agentes públicos, além das (a) intencionais e (b) das faltas graves por imprudência ou negligência, caracterizadoras de pressupostos de má gestão pública. É certo, acrescentamos, que existem faltas do Estado e do funcionário, as quais devem ser tratadas, não raro, separadamente. Os níveis e tipos de má gestão pública são muito variados e distintos, indicando, por sua vez, a necessidade de pautas de controle igualmente divididas em níveis diferentes, além de evidente variação de intensidade do controle e fiscalização. (...) Evidente que a corrupção não é a única forma de má gestão pública, ao contrário do que parece fluir nos meios de comunicação social, porque existem outras figuras dignas de relevância e funcionalmente muito eficazes.”⁵²

Frente os argumentos apresentados, a questão que se discute nessa tese não é o diploma legal em si e sua eficácia, mas a generalidade e abstração da caracterização dos atos que repercutem na prática da improbidade administrativa, ante a excessiva indeterminação dos *tipos*, requerendo cautela na sua interpretação, uma vez que “a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade administrativa”⁵³.

Inegável, porém, que a Lei de Improbidade Administrativa reflete um avanço normativo, entre outros motivos, pela mínima delimitação do que caracteriza a prática de atos ímprobos, pois:

“(...) apesar da notória ambiguidade de sua natureza jurídica e de seus tipos excessivamente abertos, inaugura a LGIA, na catalogação das condutas proibidas, três grandes modelos de tipos sancionadores: (i)

⁵² OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 48.

⁵³ MATTOS, 2010, op. cit., p. 27.

condutas de enriquecimento ilícito; (ii) condutas de lesão ao erário; (iii) condutas de lesão aos princípios que regem a gestão pública. (...) Cada bloco normativo se compõe de uma cláusula geral, inserida no caput, e de textos casuístas, previstos nos incisos. As condutas proibidas causaram e ainda causam grande perplexidade, ante a enorme vagueza semântica que se mostra peculiar aos tipos, atemorizando os gestores públicos e municiando os órgãos fiscalizadores com poderes imensos.”⁵⁴

Ainda sobre a vagueza da legislação na definição dos atos caracterizadores da improbidade administrativa, destaca-se a análise da Mauro Roberto Gomes de Mattos, ao afirmar que:

“Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, a Lei no 8.429/92 permitiu ao intérprete uma utilização ampla da ação de improbidade administrativa, gerando grandes equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé, ou sem prejuízo ao ente público fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei.(...) Tal equívoco, como dito, é fruto da falta de uma definição jurídica do ato de improbidade administrativa, apresentando-se, portanto, como norma de conteúdo incompleto.(...) A lei em questão se assemelha à norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto e cujo “aperfeiçoamento” fica por conta de quem interpreta a lei de improbidade administrativa.(...) O dever de identificar com clareza e precisão os elementos definidores do ato de improbidade administrativa competia à Lei no 8.429/92, que preferiu se omitir sobre tal questão, fixando apenas os seus três tipos. Ou seja, não há a definição do núcleo do tipo do ato improprio por parte da Lei de Improbidade Administrativa.”⁵⁵

A lei de improbidade administrativa é direcionada, aprioristicamente, para responsabilização do *gestor público*, é dele que se espera, melhor, é a ele que se impõe (dever) a *honestidade, lealdade e boa gestão pública*. Como todo cidadão, como qualquer pessoa, todos se submetem a um regime de responsabilidade pelos seus atos, nas mais diversas áreas do direito. Os administradores públicos, todavia, “devido ao vínculo específico que tais pessoas detêm com o Estado, elas também estão sujeitas à responsabilidade administrativa disciplinar ou à

⁵⁴ Idem. Ibidem, p. 102.

⁵⁵ MATTOS, 2010, op. cit., p. 28.

responsabilidade política”⁵⁶, decorrentes do descumprimento de deveres funcionais e/ou pelo abuso das prerrogativas decorrentes dessa sua situação especial.

De forma peculiar, o Professor Manoel Jorge e Silva Neto tem trabalhado com a metáfora do *homem cordial*⁵⁷, para caracterizar os abusos da função especial assumida pelos agentes públicos, transformado, segundo ele, no *administrador cordial*, que é personalista, ou seja, não respeita os princípios da administração pública, e de forma pessoal confunde o público com o privado.

“Assim, é possível referir que a improbidade na administração pública brasileira é realidade mais cultural que jurídica, mais histórica que constitucional, dando surgimento à figura do administrador cordial. (...) E quais efeitos jurídicos decorrem desse fato? É a vulneração de todos os princípios constitucionais indicados no art. 37, caput, CF. (...) A ‘cordialidade’ do brasileiro é evidenciada nos atos de corrupção (...).”⁵⁸

A lei de improbidade administrativa é direcionada para a responsabilização do gestor público (*administrador cordial*) corrupto e que dá consecução à má gestão pública⁵⁹, instituindo, assim, um novo sistema de responsabilização dos administradores públicos, diverso da tradicional responsabilidade disciplinar e penal, que somente pode ser compreendido pela peculiar natureza jurídica da *improbidade administrativa*.

Antes, portanto, de adentrar no estudo sobre as condutas que configuram a prática do ilícito de improbidade administrativa, é preciso enfrentar a discussão acerca de sua natureza jurídica, apontada anreiramente na citação de Fábio

⁵⁶ ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do Agente Público: Individualização da sanção por ato de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 135.

⁵⁷ “O ‘homem cordial’ desconhece fronteiras entre o público e o privado e faz do cargo público instrumento de satisfação de interesses particulares.” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Constitucionalismo Brasileiro Tardio**. Brasília: ESMPU, 2016, p. 70.)

⁵⁸ Idem. Ibidem, p. 70/71.

⁵⁹ Os particulares, pessoas físicas, somente podem ser responsabilizados por *improbidade administrativa* de forma excepcional, quando concorrerem com os gestores públicos para a prática do ato, consoante expressa determinação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), ao prescrever que: “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”. Defende-se a aplicação deste dispositivo tão somente às pessoas físicas, em decorrência da posterior edição da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que no seu preâmbulo estabelece que a legislação “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública”. Tratando-se de lei posterior e específica, deve o novel instituto ter prevalência sobre a lei de improbidade administrativa na responsabilização de pessoas jurídicas.

Medina Osório como um dos problemas gerados pela lei que institui esse sistema de responsabilização dos gestores públicos.

1.1.3. Natureza Jurídica da Improbidade Administrativa

Uma importante discussão, não apenas de efeito doutrinário, mas também prático, diz respeito à natureza jurídica da *improbidade administrativa*, pois a tese desenvolvida nessa pesquisa depende essencialmente dessa delimitação, como será amplamente discutido no último capítulo.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que a Lei nº 8.429/1992 é de natureza híbrida, uma vez que disciplina tanto o direito material, quanto o direito processual. Há, portanto, a tutela do ilícito de improbidade e suas sanções, bem como a definição das regras atinentes aos aspectos processuais da matéria, com a definição de um rito próprio.

Não é simples, assim, tratar da matéria, ante a sua complexidade, por se tratar de legislação que agrega simultaneamente o direito material e o processual. Isso implica diretamente na discussão acerca da natureza jurídica do instituto, pois os trabalhos elaborados sobre o tema nem sempre têm esse discernimento de fazer essa distinção inicial.

A doutrina pátria tem trabalhado com três hipóteses, na tarefa de discutir a natureza jurídica da *improbidade administrativa*: cível, penal e mista. Cada um desses entendimentos será analisado individualmente.

Para quem defende essa posição, resta claro que se “a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal”⁶⁰.

A primeira corrente entende que a ação de improbidade, em decorrência, principalmente, do disposto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37,

⁶⁰ Consoante parecer de lavra do Dr. Fábio Konder Comparato. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/artforoprivfabiocomparato.doc. Acesso em 29 de junho de 2016.

§4⁶¹, são independentes das ações que apuram crimes comuns e crimes de responsabilidade, sendo, portanto, admissível a concomitância das ações de improbidade e penal. Destaca-se, assim, a natureza cível das sanções aplicadas pela Lei nº 8.429/1992.

A segunda corrente defende a exclusão da admissibilidade da ação de improbidade quando o sujeito passivo é agente político. O argumento principal que embasa esse entendimento, funda-se na ideia de que tais agentes se submetem a um regime próprio de responsabilidade. Inobstante esse fato, alegam a existência de sanções de improbidade previstas no Código Penal e na lei reguladora dos crimes de responsabilidade. Defendem, assim, que as sanções de improbidade têm conteúdo penal, ou minimamente são similares.

Ao julgar a Reclamação nº 2138-6/DF, o Supremo Tribunal Federal, no voto lavrado pelo Ministro Nelson Jobim, defende posição no sentido de que a Lei de Improbidade possui “forte caráter penal”, consoante se depreende do trecho em destaque a seguir:

“(…) Em verdade, a análise das conseqüências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa “ação civil de improbidade” somente serve para ressaltar que, como já assinalado, **se está diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal**. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da “ação civil de improbidade”, o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, “**teoricamente, seriam crimes de responsabilidade** e não crimes comuns”. (...).”⁶² (grifos inautênticos)

⁶¹ “Art. 37 (...): § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível**.” (grifo inautêntico)

⁶² EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos.

Mesmo diante da factibilidade do aporte teórico e do voto acima transcrito, que chamam a atenção para traços inegáveis da Lei de Improbidade Administrativa, a sua natureza não é criminal. E o primeiro motivo, claro, é a oposição já citada do texto constitucional, o que por si já seria suficiente. Como se trata de uma pesquisa acadêmica de natureza exploratória, far-se-á uma análise mais depurada.

Mesmo considerando que algumas condutas previstas como atos de improbidade administrativa pela legislação sejam similares com os comportamentos tipificados pela legislação penal, como os previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública, e até mesmo o crime de responsabilidade dos prefeitos, tipificado no Decreto-lei 201/67, em seu art. 1º, tem-se que os atos de improbidade não podem ser considerados ilícitos de natureza penal, ante a possibilidade de concomitância entre as ações decorrentes da prática de atos

Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (STF. Rcl 2138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 13.06.2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Acesso em 28 de junho de 2016)

proibidos pela legislação penal e a ação de improbidade administrativa, repita-se mais uma vez, por expressa determinação constitucional.

Merece destaque, porém, o fato da Lei de Improbidade, em seu art. 12⁶³, dispor sobre a aplicação de sanções para os sujeitos que praticarem atos de improbidade administrativa, e algumas delas estão previstas constitucionalmente como punições possíveis de serem aplicadas na esfera penal, consoante art. 5º, inciso XLVI⁶⁴, da *Lex Legum*, como por exemplo: a perda de bens, a multa e a interdição ou suspensão de direitos.

Mesmo incorporando, todavia, sanções que podem também ter natureza penal, a legislação infraconstitucional segue o direcionamento conferido pelo §4º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, e não deixa margem para dúvida, ao indicar na redação do *caput*, do art. 12 (Lei nº 8.429/1992), que “independente das sanções penais (...) previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...)” (*in verbis*), prevendo, portanto, a possibilidade de acumulação entre as ações penais e de improbidade, geradas pela mesma conduta.

⁶³ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

⁶⁴ Art. 5º (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

“A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política (...).”⁶⁵

Caso não fosse aplicado o entendimento acima, estar-se-ia diante de flagrante violação do sistema jurídico constitucional pela incidência de *bis in idem*, uma vez que as duas ações teriam natureza penal, o que é terminantemente vedado.

Por último, há quem defenda a natureza mista da Lei de Improbidade, encontrando fundamento na argumentação de que as sanções aplicáveis podem ser dotadas de forte conteúdo penal, dependendo do agente que ocupe o polo passivo da relação, o que lhe conferiria um caráter eclético, admitindo a conjugação legal de sanções cíveis e criminais.

Há, ainda nesse diapasão, quem vislumbre que o ecletismo apontado, em verdade, confere ao ato de improbidade uma natureza *sui generis*, pois “trata-se de um instituto que conjuga princípios e regras de direito civil, de direito administrativo, de direito penal e de direito constitucional”⁶⁶.

Mesmo diante dessa posição *eclética*, reconhece-se a necessidade de definir com precisão o instituto, definido a partir da compreensão da natureza da sanção, prevista no art. 12, da Lei nº 8.429/1992, uma vez que:

“(...) o dispositivo legal refere-se não apenas às sanções penais, mas também administrativas. Logo, o argumento teria de conduzir à conclusão de que a improbidade administrativa seria dotada de natureza não penal, não administrativa e não civil. Restaria determinar, então, qual seria a sua natureza. Afirmar que se trataria de instituto *sui generis* é, evidentemente, insatisfatório.”⁶⁷

Surge uma quarta corrente, que classifica a natureza jurídica da improbidade administrativa é de *direito administrativo sancionador*.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 977.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1129.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, 2015, op. cit., p. 1129.

“(...) sugere que a Lei de Improbidade esteja situada no âmbito do direito administrativo sancionador, entendendo não existir motivos para se vincular a sanção administrativa à figura da autoridade administrativa, uma vez que podem as autoridades judiciárias aplicar sanções desta natureza desde que lhe sejam outorgados por lei poderes sancionadores de direito administrativo.”⁶⁸

Entre os autores que defendem essa posição no Brasil, destaca-se o trabalho de Fábio Medina Osório, cuja definição será adotada nesta tese, ao sustentar que:

“Estando inserida no amplo universo do direito punitivo, a improbidade administrativa é objeto específico do direito administrativo, incidindo apenas incidentalmente outros ramos jurídicos na sua definição, tais como as normas de direito penal, direito político, direito civil ou direito trabalhista, para tutelar o mesmo feito de ângulos diferentes. Tais ramos jurídicos comportam desdobramentos funcionais, é sabido. A improbidade pode, inclusive como nomenclatura jurídica, ser empregada em qualquer ramificação do direito, como se dá no direito processual, conquanto essa espécie de improbidade não guarde nenhuma relação com a improbidade administrativa desenhada na LGIA. Já anotamos essa abertura não apenas semântica, mas, sobretudo, conceitual da improbidade na teoria geral do direito e nas múltiplas vertentes do ordenamento jurídico.”⁶⁹

A *improbidade administrativa* é um problema da Administração Pública, devendo, portanto, *a priori*, incidir sobre tal *patologia da gestão pública* as normas derivadas do direito administrativo, “mais concretamente pelo direito administrativo sancionador, mas tal circunstância não inibe a interface complexa, dinâmica e profunda com normativas encartadas noutras ramificações do direito, sejam elas privadas ou públicas”⁷⁰.

Há, dessa forma, a identificação de tipos que perfazem o ato improprio, e a consequente delimitação de *sanções administrativas* como consequência da prática de uma conduta tipificada. Inobstante qual seja o conceito de *sanção*

⁶⁸ TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa: Ação de improbidade e controle principiológico**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p.158.

⁶⁹ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 192/193.

⁷⁰ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 194.

administrativa ⁷¹ adotado, haverá uma concepção pertencente ao direito administrativo, pois é competência deste ramo do Direito definir “ilícitos materialmente administrativos e lhes cominar sanções jurídicas”⁷².

A questão central nessa discussão acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa, gira em torno da contestação sobre o fato da sanção administrativa, no caso da improbidade, não ser aplicada pela Administração Pública, e sim pelo Poder Judiciário, o que para a doutrina descaracterizaria este tipo de ato como pertencente ao conjunto dos atos administrativos sancionadores.

Acontece que, justamente a “maior novidade de nosso conceito reside precisamente em separar o direito administrativo sancionador da presença supostamente inarredável da Administração Pública no polo sancionador”⁷³. A tese de que a Administração Pública possui exclusividade para a imposição de sanções administrativas é equivocada, uma vez que “não é imprescindível à caracterização da sanção administrativa, visto que nada indica, forçosamente, sua contraposição exclusiva a “sanções judiciais”, em termos conceituais”⁷⁴.

Assim, pode-se inferir que:

“Trata-se, nesse passo, de um injustificado conceito que deixa de atentar às bases sancionadoras, delimitando toda a ideia de sanção administrativa por um elemento puramente subjetivo, funcional, relativo à presença da Administração Pública como órgão sancionador em um dos polos da relação. Em realidade, a sanção administrativa há de ser focada à luz de outros critérios e paradigmas, sem desprezar sua dimensão processual, até porque essa dimensão, além da sua importância histórica, ostenta uma atualidade inegável.”⁷⁵

⁷¹ “(...) sanção administrativa é o conteúdo de um ato sancionador, jurisdicional ou administrativo, consistente no mal ou castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, em caráter geral e *pro futuro*, conforme com as regras e princípios do direito administrativo, como consequência da prática de um ilícito administrativo por omissão ou comissão, traduzindo-se como privação de direito ou imposição de deveres, excluída a liberdade de ir e vir, com a restrição das penas disciplinares militares, no interior do processo administrativo ou judicial, tendo por finalidade a repressão da conduta ilegal, como reação jurídica à ocorrência de um comportamento proibido.” (Idem. *Ibidem*, p. 192.)

⁷² Idem. *Ibidem*, p. 191.

⁷³ Idem. *Ibidem*, p. 192.

⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 93.

⁷⁵ Idem. *Ibidem*, p. 93.

Em relação a essa questão da dimensão processual do Direito Administrativo, e, em especial, da improbidade administrativa, como já foi advertido no início dessa discussão, “inegavelmente este também ostenta uma dimensão material, não menos importante que a primeira, decorrente da expansão das sanções administrativas e da constitucionalização desse ramo jurídico”⁷⁶.

Como argumento acessório, é válido registrar que o sistema constitucional pátrio repele a existência de jurisdição dúplice, ou seja, temos apenas a jurisdição ordinária, exercida pelo Poder Judiciário, não temos, portanto, pela doutrina clássica, um contencioso administrativo, como se encontra por exemplo em países como França, Bélgica, Portugal, além de outros⁷⁷.

Decorre esse entendimento diretamente do texto constitucional, no seu art. 5º, XXXV, ao consagrar que as lesões e suas ameaças podem e devem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, consagrando-lhe a titularidade, por excelência, do exercício da função jurisdicional. De sorte que, “o sistema de jurisdição una é aquele em que o Poder Judiciário julga as causas decorrentes da relação jurídico-administrativa, os litígios em que a administração é parte (...)”⁷⁸.

O simples fato de o litígio ser julgado pelo Poder Judiciário, portanto, não deve ser motivo central para afastar a natureza jurídica de direito administrativo sancionador⁷⁹ do ato de improbidade administrativa⁸⁰. A atribuição do regime

⁷⁶ Idem. Ibidem, p. 93.

⁷⁷ Vide ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1364.

⁷⁸ ARAÚJO, 2014, op. cit., p. 1365.

⁷⁹ “(...) torna-se possível que os Poderes exerçam funções mais flexíveis, donde natural que o Judiciário possa aplicar sanções administrativas, já que estas não integram sequer nenhuma função privativa do Poder Executivo, não se confundindo com funções administrativas. As sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas. Exemplo desta realidade ocorre também no âmbito da tutela dos direitos da infância e da juventude, onde há sanções administrativas aplicadas por autoridades judiciárias, como se sabe, em nosso ordenamento jurídico.” (OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 95.)

⁸⁰ “No que concerne ao direito administrativo sancionador, deve-se mencionar também a inafastabilidade do controle jurisdicional, destacada no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. Essa norma é de fundamental relevância, até porque se costuma classificar a função sancionadora atribuída à Administração como autotutela, sendo, pois, imprescindível que se possam submeter ao menos alguns aspectos de sua atuação ao Poder Judiciário.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2013, p. 132.)

jurídico de direito administrativo sancionador reside na própria atribuição delineada pelo legislador ao ilícito de improbidade administrativa⁸¹, uma vez que:

“(...) quando a lei ou o próprio jurista formulam um conceito qualquer, não podem ter outro interesse senão o de isolar algo que está sujeito a um dado conjunto de disposições e de princípios distintos daqueles que regem outro objeto. Assim, o que se está a procurar não é uma realidade substancial, mas um termo de imputação de efeitos jurídicos. Isso ocorre porque a identidade jurídica de um dado objeto resulta da qualificação que o Direito lhe irroga e não de atributos substanciais que possua.”⁸²

Conclui-se, ante o exposto, que “se uma medida punitiva é imposta como resposta a ilícito que atinge interesse da Administração Pública, estar-se-á na presença de sanção administrativa, independentemente da autoridade competente para aplicá-la”⁸³. Dessa sorte, o entendimento defendido nessa tese é de que:

“A sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do Direito Administrativo, formal e material, circunstância que permite um claro alargamento do campo de incidência dessas sanções, na perspectiva de tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre em diversas searas, mais acentuadamente no tratamento legal conferido ao problema da improbidade administrativa.”⁸⁴

Os atos de improbidade, decorrentes da aplicação da Lei nº 8.429/1992, portanto, têm natureza jurídica de direito administrativo sancionador, para efeito conceitual, na presente pesquisa.

⁸¹ “A ação legislativa estabelece o escopo e as balizas da ação executiva, mais ou menos rígidas, e dentro destas, e segundo aquele, ela se move conforme a maior ou menor liberdade que lhe é conferida.” (MELLO, Bandeira Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo – Vol. I – Introdução**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 34). Depreende-se, assim, desta lição que o “valor formal da lei é o de se impor com superioridade a todas as autoridades estatais e aos componentes do Estado-sociedade, e sua função jurídica é a de inovar de maneira absoluta, dentro da estrutura constitucional.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35, nota de rodapé nº 8). Percebe-se que a última referência faz questão de registrar a vinculação do legislador aos preceitos constitucionalmente estabelecidos pelo sistema jurídico.

⁸² Idem. Ibidem, p. 35, nota de rodapé nº 7.

⁸³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 67.

⁸⁴ OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 94.

Agora, por uma questão didática de melhor apresentação do panorama da legislação apontada, far-se-á uma apresentação das principais características encampadas pela Lei de Improbidade a partir da definição das condutas que caracterizam a prática deste ilícito.

1.2 TIPOS QUE CARACTERIZAM A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Três são os tipos eleitos pelo legislador para caracterizar a prática de atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.428/1992: enriquecimento ilícito (art. 9º), causar prejuízo ao erário (art. 10) e violação de princípios (art.11).

Inobstante qual seja o tipo praticado, a doutrina defende que todos eles são apenas exemplificativos, ou seja, as hipóteses de condutas descritas pelos dispositivos legais apontados são meramente ilustrativas, uma vez que nos três artigos ao final da sua redação encontra-se a expressão *notadamente*, denotando o sentido de um rol *numerus apertus*. Reforça essa ideia o fato de que a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa não é penal, *a priori*, consoante será desenvolvido posteriormente com aprofundamento.

Em decorrência dessa excessiva abertura, é que “torna-se necessário definir o que vem a ser ato de improbidade, que, apesar de se abrigar em um conceito bem aberto, possibilitará ao intérprete a devida análise sobre a utilização correta”⁸⁵ do instituto, evitando arbitrariedade na aplicação da lei. Esse foi o motivo da necessidade anterior, no presente trabalho, de definir a *improbidade administrativa* e sua *natureza jurídica*.

Para uma melhor contextualização da ideia de improbidade administrativa inscrita em nosso sistema jurídico, doravante esses três tipos serão analisados individualmente nos próximos tópicos.

1.2.1 Enriquecimento Ilícito

O primeiro tipo de conduta descrito pela legislação que caracteriza a prática de improbidade administrativa é o enriquecimento ilícito⁸⁶, previsto no art.

⁸⁵ MATTOS, 2010, op. cit., p. 30.

⁸⁶ “A punição do enriquecimento ilícito é providência antiga no direito brasileiro, coerente com os princípios jurídicos e éticos que presidem a atividade administrativa e o exercício de função pública, que não toleram servir-se o agente público do seu cargo para a obtenção de vantagens

9º, da Lei nº 8.429/92. O referido tipo trabalha com hipóteses nas quais o recebimento de vantagem econômica indevida por parte do agente público, em detrimento de atividades desenvolvidas em entes ou entidades da Administração Pública, configura ato de improbidade administrativa.⁸⁷

“Acreditamos que o art. 9º, *caput*, apresenta-se como sendo a norma central, o verdadeiro *coração* da Lei de Improbidade. Isso porque os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, sem

econômicas ilícitas e por essa razão enriquecer-se, incorporando ao seu patrimônio bens, direitos ou valores que não adquiriria se não exercesse aquela função pública. Historicamente, ela tem raízes no combate ao enriquecimento sem causa, que baseado na equidade, surge como princípio geral de direito.” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p.219)

⁸⁷ Lei nº 8.429/1992:

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dúvida alguma, afiguram-se como um dos mais graves *tipos* que a lei encerra em seu conteúdo.”⁸⁸

Constata-se essa maior gravidade pela análise do art. 12 (incisos I a III), uma vez que as sanções aplicáveis aos casos de enriquecimento possuem uma maior graduação do que a dos demais tipos, consoante o inciso I do dispositivo apontado.

Cumprе esclarecer, ainda, que o enriquecimento ilícito não se confunde com a clássica figura do enriquecimento sem causa, fundada esta na premissa que aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido (art. 884 do Código Civil), enquanto que aquele se caracteriza pela sua incompatibilidade com o direito, pois a sua causa é ilícita. O enriquecimento sem causa, assim, pode ocorrer por não ter o favorecido feito o que deveria fazer; ou por ter feito o que não deveria; ou por não ter dado o que deveria (a obrigação seria, então, de dar e não de restituir). Enfim, o enriquecimento pode ocorrer de diversas maneiras, inclusive de forma ilícita, mas não necessariamente.

Feito este esclarecimento, deve-se entender o enriquecimento ilícito a partir da censura legal “endereçada àquele que se aproveita de uma função pública para angariar vantagem a que não faz jus, por qualquer artifício que venha empregar (abuso de confiança, excesso de poder, exploração de prestígio, tráfico de influência, etc.)”⁸⁹.

Importante registrar que a vantagem econômica indevida não necessita ser obtida diretamente pelo próprio agente público, admitindo-se que seja auferida por terceiro, ocorrendo este acréscimo patrimonial pela interferência daquele que se utilizou de sua função para enriquecê-lo.

Inobstante o ato representar um efeito de natureza econômica (enriquecer ilicitamente), ele está fundamentado inicialmente em uma violação de dever moral, consectário, portanto, dos princípios da Justiça e do Direito, de sorte que:

⁸⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 85.

⁸⁹ MARTINS JÚNIOR, 2002, op. cit., p.215.

“(…) o enriquecimento ilícito pode advir tanto de um ato que apresente adequação ao princípio da legalidade, como de um ato ilícito. Assim, o princípio do não locupletamento indevido reside na regra de equidade que veda a uma pessoa enriquecer à custa do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, sem o concurso da vontade deste ou o amparo do direito – e tal ocorrerá ainda que não haja transferência patrimonial.”⁹⁰

Três são os requisitos para a caracterização da prática deste ilícito: a) a percepção de vantagem patrimonial indevida; b) conduta dolosa do agente; e c) vinculação da percepção dessa vantagem ao exercício de função, cargo, emprego ou atividade na Administração Pública, de modo geral.

O primeiro requisito é constituído pela própria ideia do enriquecimento ilícito, em sentido estrito, mediante acréscimo patrimonial do agente, ou de terceiros, por interferência daquele, ressaltando, todavia, que “não há necessidade de que, na contrapartida da vantagem patrimonial indevida auferida pelo agente, sobrevenha também decréscimo patrimonial do Erário”⁹¹. Tome-se como exemplo o fato de um agente público cobrar propina para a prática de um ato que ele iria praticar de qualquer forma, por se tratar de dever de ofício. Ele percebe vantagem patrimonial indevida sem causar prejuízo aos cofres públicos.

O segundo requisito está ligado ao *dolo*, ou seja, à necessidade de comprovação do elemento subjetivo do ato. Nesse sentido, Pedro Decomain assevera que:

“Há necessidade de que o agente administrativo haja atuado de modo consciente e deliberado, no sentido do auferimento da vantagem patrimonial ilícita, para que a improbidade possa ser subsumida no art. 9º. A mera culpa em sentido estrito – imprudência, negligência ou imperícia – não é bastante a tal subsunção. A intenção do agente de receber o que não lhe é devido, mercadejando o exercício de sua função ou incorporando a patrimônio seus bens, rendas ou valores pertencentes a alguma das entidades mencionadas no art. 1º da Lei n. 8.429/92, é elemento sem o qual a conduta não pode ser enquadrada no respectivo art. 9º.”⁹²

⁹⁰ GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 353/354.

⁹¹ DECOMAIN, 2014, op. cit., p. 95.

⁹² Idem. Ibidem, p. 96.

A exigência de dolo para caracterização do ilícito é corroborada pelos nossos pretórios, representados pela jurisprudência cristalizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como por exemplo consta do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.214.254-MG, relatado pelo Ministro Humberto Martins.⁹³

Emerson Garcia e Rogério Alves, por sua vez, defendem que este tipo pode decorrer tanto de condutas comissivas, como de condutas omissivas, embora não haja expressa menção a isso no *caput*, do art. 9º, da Lei nº 8.429/1992. Aduzem que:

“Nosso argumento, em verdade, baseia-se na constatação de que a improbidade pode decorrer da omissão dolosa do agente público, decorrendo, da ausência do ato, o enriquecimento ilícito. Basta pensarmos na situação do agente público que, tendo o dever jurídico de fiscalizar a realização de depósitos bancários realizados pela Administração pública, omite-se dolosamente no seu múnus, silenciando em relação a um erro, decorrente de pane do sistema de informática, que baralha os números das contas dos credores e acarreta o direcionamento de recursos para a sua conta pessoal. (...) In casu a incorporação decorreu de sua omissão.”⁹⁴

⁹³ “DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE A VEREADORES. DOLO GENÉRICO. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. ABRANDAMENTO.

1. Em virtude da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, não há falar em inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a vereadores. Precedentes. 2. A compra de bens sem o procedimento licitatório, o qual foi dispensado indevidamente, configura o ato ilegal, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa. Tal conduta viola os princípios norteadores da Administração Pública, em especial o da estrita legalidade. 3. O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa reflete-se na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Precedentes. 4. Tem-se claro, diante da análise do acórdão recorrido, que houve bem descrita a conduta típica, cuja realização do tipo exige ex professo a culpabilidade. Dito de outro modo, violar princípios é agir ilicitamente. Como bem expresso pela Corte estadual, a culpabilidade é ínsita à própria conduta ímproba. 5. *In casu*, a má-fé do administrador público é patente, sobretudo quando se constata que, na condição de Presidente da Câmara Municipal, nem sequer formalizou os procedimentos de dispensa de licitação. 6. Ressalvou, o Tribunal a quo, entretanto, que deveriam ser impostas “penalidades mínimas, de modo razoável ao contexto e proporcional à extensão da improbidade constatada”. Desse modo, mostra-se um contrassenso arredar a penalidade de perda de função pública, e, ao mesmo tempo, manter a suspensão de direitos políticos – também extremamente gravosa. 7. Deve-se, portanto, excluir a penalidade de suspensão de direitos políticos, mantendo-se as demais.

Agravo regimental parcialmente provido.” (DJE – STJ 22.02.2011)

⁹⁴ GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 359.

O último requisito é a exigência que o agente público se utilize do fato de exercer uma função pública, ou ser titular de um cargo, ou até mesmo estar no exercício deste, ou de um emprego público, em resumo, ter relação e exercer função em ente ou entidade da Administração Pública, para obter a vantagem patrimonial indevida, ou proporcionar que terceiros possam obter, em razão desse exercício.

Ante o exposto, havendo um agente público (sentido amplo) que aufera vantagem econômica indevida, de forma dolosa, sem fundamento jurídico apto a justificar a vantagem percebida, e diante da “presença de elo ou nexó fático entre a vantagem retrocitada e a conduta do agente público ou terceiro”⁹⁵, resta caracterizado o primeiro tipo de conduta que materializa a improbidade administrativa, na figura do enriquecimento ilícito.

1.2.2 Causar Prejuízo ao Erário

O art. 10 da Lei nº 8.429/1992⁹⁶ insere tipo que não se preocupa diretamente com a questão moral, como no caso dos demais, fundando-se na

⁹⁵ FIGUEIREDO, 2004, op. cit., p. 89.

⁹⁶ Lei nº 8.429/1992:

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

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

noção de perda patrimonial, acarretada por ato omissivo ou comissivo do agente público, que se expressa pela redução ilícita de valores patrimoniais do Estado (sentido amplo).

Essa perda patrimonial, que caracteriza a realização do tipo descrito na legislação, “há de ser medida pela existência de um prejuízo patrimonial efetivo (salvo nas hipóteses descritas nos incisos do art. 10, em que o prejuízo é presumido), derivada de uma conduta ilícita ou imoral do agente”⁹⁷.

Pela exegese do dispositivo legal citado, a conduta do agente se torna realçada, de sorte que qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, pode, *a priori*, caracterizar o ato de improbidade por lesividade ao erário. São várias as

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

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

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

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

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

⁹⁷ MARTINS JÚNIOR, 2002, op. cit., p.239.

possibilidades: ocasionar perda patrimonial, através de desvio de verba, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos.

A inovação deste tipo (art. 10), em relação aos demais (arts. 9º e 11), é a admissibilidade da sua caracterização por condutas culposas, justificada por Pedro Decomain nos seguintes termos:

“Como a tônica dos atos de improbidade previstos pelo art. 10 reside justamente no prejuízo ao erário, o que leva à conclusão de que a busca do ressarcimento forma ponto relevante da discussão em torno de tais modalidades de improbidade, tem-se que a culpa em sentido estrito também pode caracterizá-la. Mesmo que o dano ao erário não lhe haja sido impingido propositalmente, ainda assim a situação poderá caracterizar-se como improbidade.”⁹⁸

Torna-se, assim, a ação descuidada, marcada pelo desinteresse com aquilo que pertence à Administração Pública, portanto patrimônio público, ato passível de culpabilidade por improbidade administrativa, uma vez que “esse pouco caso pela coisa pública insere-se também no terreno da desonestidade”⁹⁹. Assim já se manifestou, também, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁰, corroborando o entendimento esposado pela doutrina.

⁹⁸ DECOMAIN, 2014, op. cit., p. 121.

⁹⁹ Idem. Ibidem, p. 122.

¹⁰⁰ ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES. DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. Está assentado na jurisprudência do STJ, inclusive da Corte Especial que, por unanimidade, o entendimento segundo o qual, "excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza " (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010 e Rcl 2.115, DJe de 16.12.09). 2. Também está afirmado na jurisprudência do STJ, inclusive da sua Corte Especial, o entendimento de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30, DJe de 28/09/11). 3. Não é compatível com essa jurisprudência a tese segundo a qual, mesmo nas hipóteses de improbidade capituladas no art. 10 da Lei 8.429/92, é indispensável a demonstração de dolo da conduta do agente, não bastando a sua culpa. Tal entendimento contraria a letra expressa do referido preceito normativo, que admite o ilícito culposo. Para negar aplicação a tal preceito, cumpriria reconhecer e declarar previamente a sua inconstitucionalidade (Súmula Vinculante 10/STF), vício de que não padece. Realmente, se a

Defende Aristides Junqueira Alvarenga, todavia, que a possibilidade de se aplicar o art. 10 da lei nº 8.429/1992 na modalidade culposa é inconstitucional, uma vez que:

“É também de José Afonso da Silva a afirmação de que todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa, mas nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade. Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto – atributo esse que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade). Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conjunto de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as idéias de má-fé, de deslealdade, a detonar presente o dolo.”¹⁰¹

Mauro Roberto Gomes de Mattos defende que se não considerar inconstitucional a inserção da modalidade culposa nesse tipo, minimamente fere o princípio da razoabilidade, uma vez que:

“(...) o enquadramento igualitário do ato culposo do agente público como ato doloso, onde recebem o mesmo tratamento do legislador, que sem nenhum pudor impôs restrições e punições serias, tanto para aquele que orquestrou obrar contra a moralidade, produzindo ato ilícito, causador de prejuízo para o ente público, como para aquele ato desastrado do agente público inábil que de boa-fé se equivocou.”¹⁰²

Mesmo reconhecendo a aplicabilidade do art. 10, há quem se preocupe com o rigor da sua incidência, em se tratando de modalidade culposa,

Constituição faculta ao legislador tipificar condutas dolosas mesmo para ilícitos penais, não se mostra inconstitucional a norma que qualifica com tipificação semelhante certos atos de improbidade administrativa. 4. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram expressamente a conduta culposa do agente, conclusão que não pode desfazer sem afronta à Súmula 07/STJ. 5. Recurso Especial a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. nº 1.130.584-PB. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. *DJE-STJ* 21.09.12)

¹⁰¹ ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro**, In BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo (coordenadores). **Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88/89.

¹⁰² MATTOS, 2010, op. cit., p. 274.

defendendo a necessidade de aplicar princípios como os da razoabilidade e proporcionalidade no sancionamento da conduta de improbidade administrativa por acarretar prejuízo ao erário. Mesmo diante da prescrição do art. 12, em seu parágrafo único (“na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”), entende Marcelo Figueiredo que:

“(...) é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. A preocupação não é meramente acadêmica ou fruto de devaneio intelectual. (...) Tal linha de raciocínio, segundo cremos, deve presidir a interpretação de toda a lei, que falha ora por erros de redação, má técnica, ora pelo conteúdo. Propõe-se a aplicação dos princípios do devido processo legal em sentido substancial, da proporcionalidade, da proibição de excesso e da racionalidade, como meio de se evitar situações arbitrárias.”¹⁰³

Uma outra questão que se coloca acerca deste tipo, diz respeito à necessidade de distinguir erário e patrimônio público, pois, tecnicamente, estas expressões não designam conceitos idênticos, possuindo esta maior abrangência do que aquela. Erário é o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes aos entes e entidades que integram a Administração Pública, bem como os demais destinatários do dinheiro público, consoante previsão do art. 1º da Lei n. 8.429/1992.

O conceito de patrimônio público, por sua vez, envolve o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística, todos pertencentes ao interesse público, e, portanto, salvaguardados pelo Poder Público¹⁰⁴.

¹⁰³ FIGUEIREDO, 2004, op. cit., p. 103.

¹⁰⁴ Esta definição foi extraída da Lei nº 4.717/1965, que normatiza nos seguintes termos:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Este polêmico ponto tem comportado interpretações em sentidos diversos. Defende-se, por exemplo, que é possível conferir uma exegese abrangente para o dispositivo (art. 10), de sorte a igualar as expressões, como defende Rita Tourinho ao lecionar que:

“Pensamos que a lei não pretendeu diferenciar erário de patrimônio público, tanto que os arts. 5º, 7º e 8º utilizam a expressão mais abrangente, qual seja, “prejuízo ao patrimônio público”, quando se referem ao ressarcimento de dano, a cautelar de indisponibilidade de bens e a responsabilidade do sucessor do agente ímprobo. Ademais, o inc. X, do art. 10 refere-se ao prejuízo causado pela conduta negligente no que diz respeito à conservação do patrimônio público, ou seja, deteriorização do patrimônio público como forma de prejuízo ao erário.”¹⁰⁵

No mesmo sentido, sintetizam Emerson Garcia e Rogério Alves que:

“Consequentemente, podem ser assentadas as seguintes conclusões: a) ao vocábulo erário, constante do art. 10, caput, da Lei n. 8.429/1992, deve-se atribuir a função de elemento designativo dos entes elencados no art. 10, vale dizer, dos sujeitos passivos dos atos de improbidade; b) a expressão perda patrimonial, também constante do referido dispositivo, alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido este em sua inteireza.”¹⁰⁶

Em sentido diverso, defende-se que a interpretação conferida ao art. 10 da Lei nº 8.429/1992 deve ser restrita, uma vez que se trata de diploma normativo de *natureza sancionatória*, ou seja, que possibilita o exercício do *jus puniendi* estatal, e requer, portanto, aplicação dentro dos limites da reserva legal (princípio da legalidade)¹⁰⁷, e consequentemente do princípio da segurança jurídica, consoante será desenvolvido de forma aprofundada nos capítulos 3 e 4.

Essa é a posição adotada, em consonância com a defesa da tese aqui desenvolvida ao redor da necessária obediência à legalidade como forma de

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (Redação dada pela Lei nº 6.513, de 1977)

¹⁰⁵ TOURINHO, 2009, op. cit., p.207/208.

¹⁰⁶ GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 384.

¹⁰⁷ Posição defendida por SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa: Reflexões sobre a Lei 8.429/92**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62.

efetivação da *segurança jurídica*, o que requer, nesse caso, uma interpretação restritiva do tipo, dentro dos limites semânticos permitidos.

Uma última questão que merece destaque, com relação à aplicação do tipo que prevê o prejuízo ao erário, diz respeito à incidência simultânea deste com o enriquecimento ilícito, considerando que por vezes é possível que um mesmo fato caracterize as duas hipóteses de incidência da improbidade administrativa.

“À luz dessa situação e objetivando viabilizar a correta tipificação dos atos de improbidade, deve-se observar que, com raras exceções³⁸, as figuras constantes do art. 9º preveem o enriquecimento ilícito do próprio agente público, sendo o dano ao patrimônio público, em alguns casos, mera consequência. Nas figuras do art. 10, por sua vez, regra geral, é o terceiro que se enriquece ilicitamente, o que fez com que o dano ao patrimônio público fosse erigido à categoria de principal parâmetro de adequação típica dessa espécie de ato de improbidade, pois a tipologia dos atos de improbidade constante da Lei n. 8.429/1992 é direcionada, essencialmente, à conduta dos agentes públicos – os quais, neste caso, não buscaram se enriquecer, mas, primordialmente, causar danos ao patrimônio público, com o paralelo enriquecimento de terceiros.”¹⁰⁸

Esse é o motivo, inclusive, da previsibilidade no art. 12, II, da Lei nº 8.429/1992 da sanção de “*perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância*”, para que quando o ato além de causar prejuízo ao erário, venha, simultaneamente proporcionar o enriquecimento ilícito de terceiros; pois se o enriquecimento for do próprio agente deverá ser deslocada a capitulação do ilícito para o art. 9º, sem que isso acarrete prejuízo reparatório, ante a previsibilidade de igual conteúdo sancionatório.

1.2.3 Violação de Princípios

A questão que norteia essa pesquisa, especificamente, diz respeito à concretização (aplicabilidade) do art. 11¹⁰⁹, da Lei nº 8.429/92, que embora esteja

¹⁰⁸ GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 361.

¹⁰⁹ 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;

no epicentro deste diploma normativo, pois “a violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo”¹¹⁰, dá ensejo a um excessivo grau de subjetivismo na sua interpretação/aplicação, o que requer um estudo aprofundado das suas condições de aplicabilidade e da sua estrutura normativa.

“O art. 11, caput, da lei de improbidade se refere à ação ou omissão que atenta contra os princípios administrativos, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Esses deveres são arrolados exemplificativamente; a eles se podem acrescentar a boa-fé, a impessoalidade, igualdade, proporcionalidade, dentre outros contidos nos princípios que norteiam a atividade administrativa.”¹¹¹

Chama a atenção, em primeiro plano, a excessiva *abertura* proporcionada por este dispositivo legal. Mesmo com a existência de um certo grau de generalidade prevista nos arts. 9º e 10, da Lei nº 8.429/1992, a *abertura* proporcionada ao intérprete não é da dimensão daquela existente em seu art. 11. Trata-se de um problema inquietante, uma vez que:

“(...) é de se registrar a grande preocupação com o assustador caráter aberto do caput do art. 11 da LIA.(...) Isto porque uma lei tão severa como a de improbidade administrativa, capaz de suspender direitos políticos, determinar a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4o, da CF), traz em seu contexto que o descumprimento, por qualquer ação ou omissão, dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, bem como as hipóteses exemplificadas nos incs. I ao VII do

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. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

¹¹⁰ MARTINS JÚNIOR, 2002, op. cit., p.260.

¹¹¹ TOURINHO, 2009, op. cit., p. 233.

art. 11 caracterizam a improbidade.(...) Há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma, pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsuma como devassidão ou ato improbo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições.”¹¹²

Todavia, confirma-se a preocupação na aplicação deste artigo da lei de Improbidade, em função da *abstratividade*, comum nas normas principiológicas, ou da sua formulação por “conceitos jurídicos indeterminados”¹¹³, de sorte que é perceptível nos julgados, notadamente do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹¹⁴, um excessivo grau de subjetivismo, descrito por muitos apenas como discricionariedade¹¹⁵, mas que em verdade significa *arbitrariedade*, colocando em xeque a *segurança jurídica*. Perceba-se, por exemplo, a defesa de Carlos Frederico Brito dos Santos, que acaba por ratificar esse sistema *discricionário*, mesmo advertindo sobre o seu risco, ao afirmar que:

“À míngua de disposições que exemplifiquem as condutas do agente público que podem subsumir-se a tal tipicidade (vez que o legislador não optou por arrolar as hipóteses de deslealdade em forma de incisos), cabe à doutrina e à jurisprudência a sua definição, evitando-se exegeses cuja elasticidade venha a causar insegurança jurídica aos agentes públicos, bem como a nulificação jurisdicional naquelas hipóteses em que o princípio da tipicidade vier a ser violado.”¹¹⁶

¹¹² MATTOS, 2010, op. cit., p. 365.

¹¹³ “É que a indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é **dos conceitos jurídicos** (ideias universais), mas de suas **expressões** (termos); logo, mais adequado será referir-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados.” (GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.196.)

¹¹⁴ A referência ao STJ deve-se ao fato dele representar a mais alta instância de “legalidade” do sistema Judicial pátrio. A propósito na obra de GIACOMUZZI (ob. cit., p.315-318) há interessante estudo ilustrativo acerca do subjetivismo da Corte em questão, indicando diversos julgados dos anos de 2011 e 2012, o que demonstra a contemporaneidade do assunto.

¹¹⁵ “Insisto em que a discricionariedade resulta da expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas.” (STF – RMS 24.699-9 DF, Rel. Min. Eros Roberto Grau, j. 30.11.2004.)

¹¹⁶ SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **A Deslealdade às Instituições como Improbidade Administrativa por Violação de Princípios**. In OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano e GHIGNONE, Luciano. **Estudos Sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 147.

Resta claro que, o referido autor remete ao doutrinador e ao Judiciário a função de complementação de sentido da noção de *lealdade* inscrita no tipo do *caput*, do art. 11, da lei nº 8.429/1992, mas posteriormente adverte sobre o risco da *insegurança jurídica*, e suscita a necessidade de respeito ao *tipo*. É exatamente o que se defende nesta tese, a necessidade do *tipo* por questão de *segurança jurídica*, o que, ao contrário do que foi dito na transcrição, deveria cancelar a atribuição do *Legislativo* na definição das condutas que caracterizam os atos ímprobos.

A doutrina, em sua grande maioria, contudo, acolhe a regra, entendendo que há uma necessidade de otimizar a concretização da violação de princípios da Administração Pública, protegido agora como ato de improbidade, uma vez que:

“Diante do espírito individualista brasileiro, reproduzido para a esfera da Administração Pública, na qual o que se verifica é a busca da satisfação de interesses privados ou de determinados grupos, econômicos e políticos, em detrimento de um verdadeiro interesse público; na qual a discricionariedade na prática é confundida frequentemente com a arbitrariedade; na qual os administradores públicos se consideram donos do poder, mantido a qualquer preço; entendemos que o referido artigo constitui uma das formas mais eficazes no controle da discricionariedade, desde quando a violação de princípios administrativos leva à imposição de sanções que incidem diretamente na pessoa do agente público transgressor.”¹¹⁷

Perceptível no caso do art. 11, da lei nº 8.429/1992, que há uma regra, que, por sua vez, estabelece que atos atentatórios contra os princípios da Administração Pública caracterizam a prática deste ilícito, ou seja, a prática de atos contrários aos valores incorporados ao Direito, por intermédio dos princípios, permitirá identificar atos atentatórios contra a moralidade (em sentido amplo) da Administração Pública¹¹⁸.

¹¹⁷ TOURINHO, 2009, op. cit., p.269.

¹¹⁸ Ainda sobre a aplicação de princípios, válida a lição que assevera que “(...) o conteúdo teleológico já se encontra no interior do direito, incorporado aos princípios. Assim, da mesma forma se encontram nele, nos seus princípios deontologicamente afirmados, as possibilidades de produção de normas jurídicas adequadas à realidade social e à realização de justiça não apenas, e exclusivamente, formal” (GRAU, 2003, ob. cit., p. 112). Lembrando, ainda, que não se pode confundir TEXTO com NORMA, a norma será produzida a partir do texto.

Deve-se, porém, ter cuidado, pois não são todos os atos violadores de princípios que caracterizam a existência da improbidade, uma vez que, por exemplo, “dado o caráter bem aberto da norma, (...) não podem ser enquadrados como ímprobos os atos omissivos ou comissivos que firam a legalidade ou a imparcialidade, caracterizando-se em meras ilegalidades”¹¹⁹. Isso decorre do fato do *caput*, do art. 11, da Lei nº 8.429/1992 enquadrar a violação da legalidade (que é um dos princípios constitucionais da Administração Pública, conforme previsão expressa da Constituição Federal de 1988, no *caput*, de seu art. 37) como ato que importa na prática de improbidade por violação de princípio.

“Deveras, novamente a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade, etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade.”¹²⁰

Embora haja concordância, neste trabalho, com a afirmação acima transcrita, defende-se posição ainda mais radical, pois entende-se que “os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle da validade dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da Lei Federal 8.429/92”¹²¹.

“Um equívoco corrente na doutrina é precisamente o de atribuir aos princípios essa funcionalidade de integrar tipicidade da LGIA, sem referência a uma prévia intermediação legislativa, equívoco que induz ou é induzido por argumentações judiciais precariamente compreendidas em sua essência, num contexto de deficitária visualização das funções normativas das regras e princípios. (...) A tarefa de embasar direta tipificação de improbidade ou transgressões penais não cabe às normas principiológicas. Essa é a dimensão democrática do dever de probidade, que se assenta no dever de obediência à legalidade e no respeito ao império da segurança jurídica, carecendo, como se dá no direito punitivo

¹¹⁹ MATTOS, 2010, op. cit., p. 366.

¹²⁰ FIGUEAIREDO, 2004, op. cit., p. 125.

¹²¹ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 231.

em geral, de um processo tipificatório complexo, que se integra por regras legais, valores e princípios jurídicos.”¹²²

Esse é o espírito do que será desenvolvido adiante nesta pesquisa. É preciso advertir, ainda, que uma análise mais detalhada sobre a questão, permite compreender que, no momento que se estabelecerem regras definindo as condutas que *tipificam* os atos como ímprobos, automaticamente estarão protegidos os princípios da Administração Pública, pois a elaboração de regras tem como um de seus fins a densificação de princípios, eles já estão, portanto, presentes nas regras. A improbidade já é em si, propriamente, um ato de violação de princípios.

“A tradicional orientação repete que o fenômeno da improbidade administrativa traduz agressão aos princípios constitucionais da Administração Pública ou significa a imoralidade administrativa qualificada. Essa orientação doutrinária casuística produz, naturalmente, reflexos e distorções na jurisprudência, no catalogar condutas proibidas, sem parâmetros seguros, autorizando um principialismo jurídico sem freios no processo de adequação típica.”¹²³

A questão que exsurge é: a necessidade de proporcionar as melhores condições, do ponto de vista da interpretação jurídica, para a efetivação da lei de Improbidade Administrativa, pela caracterização do ilícito gerado pela violação principiológica, *versus* o subjetivismo e arbitrariedade do intérprete.

A valorização do princípio da legalidade é uma das saídas possíveis, em decorrência da necessidade de segurança jurídica, o que, por sua vez, gera como consequência a imposição da descrição *típica* das condutas que definem a *improbidade administrativa*. Essa conclusão decorre da própria natureza jurídica da *improbidade administrativa*.

A leitura equivocada sobre a natureza jurídica da *improbidade administrativa*, consoante já foi discutido, ao enquadrá-la como de natureza cível, híbrida (o que nada diz), ou até mesmo penal, retirou-lhe a identidade e confundiu e atrapalhou mais que ajudou. De sorte que, uma das consequências “dessa insegurança quanto à natureza jurídica da improbidade é, inegavelmente, a

¹²² Idem. Ibidem, p. 231/232.

¹²³ Idem. Ibidem, p. 282.

incerteza quanto ao conteúdo dos tipos, direitos e garantias aplicáveis aos acusados em geral, limites aos poderes e prerrogativas do Estado”¹²⁴.

Discricionariedade, segurança jurídica, tipicidade e conjunto de garantias constitucionais, são questões destacadas e que serão trabalhadas no decorrer da tese, mas diante do debate acerca dos princípios, aqui iniciado, será discutido no próximo capítulo a distinção entre regras e princípios, bem como o problema da discricionariedade na aplicação dos princípios e a delimitação do princípios da Administração Pública, com especial enfoque na moralidade administrativa, por se tratar do *pano de fundo* da improbidade administrativa.

¹²⁴ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 285.

CAPÍTULO 2 – A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE: APLICAÇÃO DE PRINCÍPIO E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE

2.1 NORMAS JURÍDICAS: ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA?

O conceito de norma (em sentido amplo) é dotado de alto grau de complexidade, desde a primitiva discussão acerca da distinção entre estas e os valores. Nessa senda, por exemplo, afirma-se que as normas possuem como elemento distintivo dos valores o fato de implicarem aquelas na imposição de obrigações, de sorte que “os valores só podem implicar apreciações, ao passo que as normas implicam imperativos”¹²⁵.

Por sua vez, quando “começa a aparecer na literatura moderna, com o direito já sendo tratado como monopólio do Estado, o conceito de norma é entendido como produto do processo legislativo soberano”¹²⁶, e assim, passa a ser vista como um conceito idêntico ao de lei.

O recorte da discussão, porém, tem como escopo (re)definir a noção de *norma jurídica*, a partir de uma concepção inicial conduzida pela perspectiva dogmática contemporânea, que lhe imprime o papel de servir como “instrumento operacional importante para realizar sua tarefa de identificar o direito”¹²⁷.

“Os juristas, porém, também costumam conceber normas como prescrições, isto é, como atos de uma vontade impositiva que estabelece disciplina para a conduta, abstração feita de qualquer resistência. A norma como prescrição também se expressa pelo dever-ser, que significa então impositivo ou impositivo de vontade. (...) Normas são, assim, imperativos ou comandos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar.”¹²⁸

¹²⁵ LIVET, Pierre. **As Normas: Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristóteles**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009, p.13.

¹²⁶ ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 158.

¹²⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.98.

¹²⁸ Idem. *Ibidem*, p.101.

Constituem, assim, as normas o objeto, o princípio delimitador e objetivo central das investigações teóricas do jurista, a partir de uma concepção dogmática da Ciência do Direito. O conceito de norma, todavia, evolui e se torna de alta complexidade, tendo sido trabalhado pelos principais expoentes do Direito no mundo. Entre tantos autores é possível identificar dois de extrema relevância, por dissociarem o instituto da norma jurídica da ideia de *imperativo*, constatando se tratar de um *juízo*, mais especificamente de *dever-ser*. Esses dois pensadores são Hans Kelsen e Carlos Cossio.

Embora tenham trabalhado em sentidos diversos, “Kelsen e Cossio estão de acordo em que a norma é um juízo; um objeto ideal, um objeto lógico, pois”¹²⁹. A divergência entre os dois autores está centrada no tipo de juízo que a norma representa, pois para Kelsen se trata de um juízo *hipotético*, enquanto para Cossio é um juízo *disjuntivo*.

Assim, afirma Hans Kelsen que:

“As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas.”¹³⁰

Carlos Cossio ao se debruçar sobre a teoria pura do direito e a sua construção dogmática, afirma que ela se propõe quase somente a ser uma teoria lógica jurídica formal, reconhecendo, porém, o seu valor dogmático e a sua importância no desenvolvimento da teoria egológica¹³¹, mas diferencia-se entre outros pontos na concepção acerca da *norma jurídica*, ao defender que:

¹²⁹ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 136.

¹³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 51.

¹³¹ “Aproveitando e ampliando essas descobertas kelsenianas, CARLOS COSSIO conserva do mestre vienês a caracterização da norma como um juízo, mas enlaça os dois juízos hipotéticos em que consistem a norma primária e a secundária de KELSEN, na fórmula egológica da norma como um juízo disjuntivo, como uma disjunção proposicional. ‘Dado um fato temporal deve ser a prestação pelo sujeito obrigado face ao sujeito pretensor, ou, dada a não-prestação deve ser a sanção pelo funcionário obrigado face à comunidade pretensora’, eis o completo enunciado da

“La teoría de la norma jurídica, que deriva de lo precedente, pues se pasa de la normatividad em cuanto cópula lógica, a la norma como un juicio que se estructura con esa cópula. No interesa acá el hecho de que Kelsen nunca haya analizado sistemásistematicamenteal estructura de la norma jurídica; y de que la Teoría egológica, al efectuar esta tarea, haya descubierto que la norma jurídica completa se integra com diez conceptos entrelazados constituyendo una disyunción lógica.”¹³²

O Professor argentino, porém, foi adiante no seu pensamento estendendo o juízo normativo para o plano do conhecimento, pois como a norma é um juízo de dever-ser, pois ao trabalhar com o plano da contingência, ela se torna uma possibilidade de pensar a conduta como liberdade, “uma vez que o que deve ser nem por isso fatalmente será. Daí (...) que a norma integra a conduta como pensamento de sí própria, ou seja, que pensamos nossa conduta mediante normas”¹³³.

Há quem defenda, em nova direção, que a norma jurídica possui uma dimensão *retórica*, extraída do processo comunicacional no qual ela se insere, o que fundamenta o plano da pragmática, numa perspectiva semiótica, numa dimensão modernizante da retórica, pois “o que interessa são os sentidos nos quais a expressão é utilizada”¹³⁴. Nesse sentido, pode-se concluir que:

“(...) a norma jurídica, mesmo quando entendida como significado ideal, promessa de conduta futura, precisa expressar-se por meio de significantes (...). Afirma-se que a norma é constituída no ato de interpretar, mas sempre essa interpretação se revela por textos, imagens e falas, pelo que se pode dizer que a interpretação é o conjunto de significantes expressos pelo intérprete e compreendidos pelos circunstantes, os participantes do discurso jurídico.”¹³⁵

Inobstante as construções teóricas sobre o conceito de norma apresentadas, a definição que será sustentada doravante é a que permeará esse estudo. O Professor alemão Robert Alexy sustenta que “uma norma é (...) o

caracterização egológica da norma, como um juízo disjuntivo.” (MACAHADO NETO, 1973, op. cit., p. 137)

¹³² COSSIO, Carlos. **La Teoria Egologica Del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad**. 2ª ed. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1964, p. 360.

¹³³ MACAHADO NETO, 1973, op. cit., p. 138.

¹³⁴ ADEODATO, 2011, op. cit., p. 160.

¹³⁵ ADEODATO, 2011, op. cit., p. 159.

significado de um enunciado normativo”¹³⁶, de sorte que não se pode confundir o enunciado e a norma, o que se pode constatar pelo fato de que uma mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados.

“(…) o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão.”¹³⁷

Diante dessa construção, a norma é o produto da interpretação, “mas ela (a norma) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado normativo. Ela se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina”¹³⁸.

Nessa perspectiva é importante distinguir entre o plano do significante e do significado. “A conexão entre ambos implica uma relação semântica de significação ou, de maneira mais abrangente, de dação de sentido no processo de comunicação”¹³⁹.

“Além do significante e do significado, são relevantes, no plano semântico, os referentes, que não são dados reais últimos (cuja existência apenas se supõe no processo comunicativo), mas sim fatos e objetos construídos na linguagem, ou melhor, na comunicação. Dessa maneira apresenta-se, de um lado, a relação entre texto jurídico-normativo (significante) e norma jurídica (significado), de outro, a relação entre esta e o fato jurídico (referente), intermediada sobretudo pela hipótese normativa do fato irradiador dos efeitos concretos da norma (hipótese de incidência, tipo, antecedente, etc.).”¹⁴⁰

Considerando, assim, a ideia de norma caracterizada pela imagem de um significado que se transmite por meio de significantes (linguísticos), permeada pela relação entre a norma e o seu referente, proporcionado pela denominada

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

¹³⁷ Idem. *Ibidem*, p. 54/55.

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes: A interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.44.

¹³⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.2.

¹⁴⁰ NEVES, 2013, op. cit., p.3/4.

hipótese normativa, exsurge ainda um problema; a diferenciação entre princípios e regras como categorias normativas.

Importante registrar, que “o problema da distinção entre princípios e regras, assim como entre os demais conceitos correlatos, parece estar nas diferentes concepções sobre a expressão “norma jurídica””¹⁴¹. Diversas são, portanto, as possibilidades.

Pode-se sustentar, por exemplo, que “operada a distinção entre *texto normativo* e *norma jurídica* e verificado que as normas jurídicas são produzidas, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, teremos que os textos são *regras* das quais os princípios configuram *espécie*”¹⁴².

Em conformidade com esse argumento os princípios seria, então, apenas uma espécie do gênero regra., de sorte que a distinção entre estas duas categorias normativas é relacionada à generalidade, em primeiro lugar, e “certa proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo”¹⁴³. Em outros termos, Marcelo Neves define o problema da seguinte forma:

“A questão dos princípios e regras situa-se no plano da norma (do significado), entre os planos do texto normativo (significante) e do fato jurídico (referente). Contudo, evidentemente, os problemas relativos às disposições normativas e aos referentes factuais têm um papel fundamental em relação a ela. A esse respeito, cabe considerar o problema da ambiguidade (na conotação) e vagueza (na denotação) do texto normativo.”¹⁴⁴

Recorrer-se-á, no entanto, mais uma vez à lição do Professor alemão Robert Alexy, na tentativa de elucidar a existência da distinção entre estas categorias, mas, contudo, demonstrando, ao mesmo tempo, que derivam da mesma matriz:

“Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do deve, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda

¹⁴¹ ADEODATO, 2011, op. cit., p. 163.

¹⁴² GRAU, 2014, op. cit., p. 112/113.

¹⁴³ Idem. Ibidem, p. 113.

¹⁴⁴ NEVES, 2013, op. cit., p.5/6.

que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”¹⁴⁵

Para melhor compreender, assim, as principais características que separam estas duas espécies de normas, far-se-á doravante um estudo delas separadamente, abordando suas principais características.

2.1.1 Regras

As regras são identificadas *a priori* como normas que garantem direitos ou impõem deveres definitivos¹⁴⁶. Assim, “a concepção *deôntica* toma a regra de direito como regra de conduta ou de comportamento – vale dizer: prescrevendo, proibindo ou permitindo determinada ação. (...) A generalidade da regra está em que ela deve ser a mesma para todos”¹⁴⁷.

“ A fundamentação histórica mostra que o termo “regra” é desde o Direito Romano exprime as disposições jurídicas de qualquer natureza, prescritivas ou não prescritivas. Embora a palavra “norma” seja latina (*norma, ae*), não tinha ela nenhuma função no Direito Romano, nem seu significado de “esquadro”, “esquadria” (instrumento de tirar ângulos), se prestava a isso. Há indicação de que “norma” aparece na literatura latina não, porém, em sentido jurídico, mas no sentido figurado de “modelo”. É uma constatação interessante, porque daí é que pode ter vindo seu sentido jurídico como regra ou modelo de conduta. (...) A fundamentação histórica mostra que “regra” sempre foi o termo usado para exprimir disposição jurídica.”¹⁴⁸

A consequência dessa definição é que “se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto”¹⁴⁹. Portanto, “diante da existência de uma regra válida e aplicável ao caso em questão, deve-se aplica-la de forma estrita, realizando-se exatamente o que ela prescreve, nem em maior, nem em menor grau”¹⁵⁰.

¹⁴⁵ ALEXY, 2008, op. cit., p. 87.

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

¹⁴⁷ GRAU, 2014, op. cit., p. 105.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 336.

¹⁴⁹ SILVA, 2009, op. cit., p. 45.

¹⁵⁰ LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.31.

“(…) as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”¹⁵¹

As regras, portanto, devem ser percebidas como normas de aplicação imediata e obrigatória, diante de situações concretas que assim exigem, de sorte que mesmo quando “delas possam ser deduzidas outras regras e existam metarregras, sempre poderão atuar como fundamento imediato de uma norma de decisão”¹⁵². De sorte que, “as regras são (...) mecanismos para economizar tempo e para reduzir o risco de erro quando se decide o que deve ser feito”¹⁵³.

Ao utilizar as regras do jogo para explicar os três tipos de regra existentes, José Afonso da Silva assevera que:

“Vê-se que no futebol há três tipos de regras. As *regras de organização do espaço*, onde se dá o jogo; as *regras de procedimento*, que são aquelas que definem as técnicas a serem obedecidas na ação de jogar; as *regras de conduta*, que são aquelas que definem a conduta dos jogadores durante o jogo. As primeiras são regras de criação do ser, sem elas o espaço não existirá, e, assim, nem existirá o jogo; são *regras ônticas*. As segundas são regras de produção do jogo, são regras disciplinadoras do processo de jogar, sem elas o jogo também não se produz; são *regras de procedimento*. Vale dizer: ambas são regras *necessárias*, porque sem elas o jogo não existirá. As terceiras são *regras de conduta*, que, mesmo sendo infringidas, não interferem com a existência do jogo, porque apenas provocam sanções; são *regras deônticas*, por isso são chamadas *normas de conduta*.”¹⁵⁴

Em síntese inicial, pode-se afirmar que “as regras são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos”¹⁵⁵.

A necessidade de aplicação estrita das regras, sem aceitar sua gradação, como já foi asseverado, é sustentada até frente a “possibilidade de aplicação de

¹⁵¹ ALEXY, 2008, op. cit., p. 91.

¹⁵² NEVES, 2013, op. cit., p. 69.

¹⁵³ RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 54.

¹⁵⁴ SILVA, 2014, op. cit., p. 355.

¹⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171.

mais de uma regra à mesma situação, pois a definição regra como determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível não permite a coexistência de disposições contraditórias em um mesmo ordenamento”¹⁵⁶. A consequência deste entendimento é que diante de um conflito normativo entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida, total ou parcialmente.

“Nos casos apenas de incompatibilidade parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Em alguns casos, no entanto, a incompatibilidade entre duas regras poderá ser total, quando seus preceitos para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, sejam mutuamente excludentes.”¹⁵⁷

Há quem discorde dessa posição, como é o caso de Thomas Bustamante, apresentando solução ponderada e com maior aptidão de proporcionar uma melhor aplicação do direito, ao defender que:

“(…) nem todos os conflitos entre regras são resolvidos com o reconhecimento da invalidade de uma delas, haja vista que, em algumas situações, é possível estabelecer uma exceção a uma das regras, de forma que ambas superem o conflito mantendo intacta sua validade.”¹⁵⁸

Outra questão que exsurge da definição de regras, no sentido aqui trabalhado, diz respeito à margem de discricionariedade do intérprete, pois:

“Ao determinar que regras têm aplicabilidade estrita, ou seja, que devem ser aplicadas sempre que válidas, a teoria dos princípios impõe uma restrição significativa à liberdade do intérprete, que, para deixar de exigir a realização da conduta prescrita, tem o ônus argumentativo de justificar que a regra não é válida ou que a situação não enseja a sua aplicação.”¹⁵⁹

Isso significa que o afastamento de uma regra constitui situação excepcional, e é preciso que se comprove argumentativamente que ela é incompatível com o sistema, o que a torna inválida. Importante, todavia, esclarecer que o conceito de validade jurídica não se limita à incompatibilidade

¹⁵⁶ LIMA, 2014, op. cit., p. 39.

¹⁵⁷ SILVA, 2009, op. cit., p. 48.

¹⁵⁸ BUSTAMANTE, Thomas. **Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos caos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 201.

¹⁵⁹ LIMA, 2014, op. cit., p. 40.

sistêmica¹⁶⁰, como um simples conflito semântico entre textos normativos, ou seja não se trata, portanto de mera questão formal ou estrutural.

“Quando um sistema normativo ou uma norma não tem nenhum tipo de validade social, ou seja, não desenvolve a menor eficácia social, esse sistema normativo ou essa norma não pode ter validade jurídica. Assim, pois, o conceito de validade jurídica inclui, necessariamente, elementos de validade social. Quando ele encerra apenas elementos da validade social, trata-se de um conceito positivista; se também engloba elementos de validade moral, trata-se de um conceito não positivista de validade jurídica.”¹⁶¹

A partir dos argumentos apresentados sobre as regras, pode-se depreender que a sua aplicação não é um processo simples e automático, ao contrário, requer que o intérprete exercite todo o seu conhecimento jurídico dogmático, e além disso, requer dele um preparo zetético, pois:

“(…) importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após a sua interpretação. Somente nesse momento é que podem ser compreendidas se e quais as consequências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas. (...) E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas.”¹⁶²

O processo de interpretação que resultará na construção da norma, mesmo na aplicação de regras, portanto, é um trabalho complexo, que requer, conforme discutido acima, a comunhão de conhecimentos e saberes, pois

¹⁶⁰ “(...) a teoria da validade da teoria dos sistemas muda a orientação, em um sentido muito fundamental, da ‘hierarquia para o tempo’. A consequência disso é a implosão de todos os modelos de solução estáveis no tempo. Para Luhmann, validade do Direito não significa nem validade da norma nem validade de uma metanorma que se pressupõe situada no fim de hierarquia (a norma fundamental de Kelsen, a regra de reconhecimento de Hart), mas diz respeito a uma força de validade puramente imanente, puramente circular, que gera a si mesma no sistema que opera segundo relações de proximidade. O conceito de validade do Direito não é relacionado com uma reserva ao longo da qual o evento jurídico fático flui, mas está inserido na execução comunicativa da conexão entre operações jurídicas: a validade do Direito é o pressuposto para a descoberta de operações de conexão. A validade do Direito não é mais (mas também não é menos) do que um teor que participa e cofunciona em todas as comunicações jurídicas, que valida a si mesmo de modo recursivo ao recorrer a Direito já vigente em uma operação jurídica. Quando um tribunal decide, ele o faz sempre recorrendo a Direito vigente. Quando o legislador promulga uma nova lei, ele o faz nos limites da Constituição.” (VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: Uma Introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200)

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Conceito de Validade Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 103/104.

¹⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48.

transcende o mero conhecimento dogmático do Direito, e demanda para a correta compreensão dos fatos, na aplicação, diálogo com outros sistemas jurídicos, e respeito à singularidade de cada situação que pugna por uma solução jurídica. Assim, deve-se entender que:

“O trabalho jurídico de construção das normas aplicáveis a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado -, a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado.”¹⁶³

Com isso, se quer provar que a aplicação de regras não se dá por mera subsunção, após a interpretação sintática e semântica de um texto legal, ao modo *tudo ou nada*¹⁶⁴, ao contrário, se trata de processo difícil e que demanda preparo do profissional para entender também o *contexto*. Não há um processo, portanto, automático, mas sim racional e complexo.

Apresentadas as principais características acerca das regras, consideradas como espécies de normas jurídicas, seguindo a linha apresentada pela pesquisa, o passo seguinte será estudar os *princípios jurídicos*.

2.1.2 Princípios

Inicialmente é curial consignar ser de natureza polissêmica a expressão “princípio”¹⁶⁵. Para iniciar o debate sobre o tema, então, é preciso estabelecer um

¹⁶³ GRAU, 2014, op. cit., p. 55.

¹⁶⁴ Essa é, por exemplo, a concepção de Ronald Dworkin, ao afirmar que: “As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39/40)

¹⁶⁵ “Já em 1955, em tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, Jean Schimidt [1955] observa que o vocábulo “princípio” pode ser tomado em duplo sentido: (i) como fonte ou base; e (ii) como linha diretriz ou fio condutor.” (GRAU, ob. cit., 2003, p.132). Genaro Carrió (**Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p.209-212), por exemplo, reconhece onze sentidos diferentes para a expressão “princípios”, todas aplicadas ao direito.

conceito preliminar. Nesta senda, será utilizada a conceituação proposta por Humberto Ávila, que assim os define:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”¹⁶⁶

Esta definição chama atenção, logo de início, por delimitar os princípios como normas direcionadas a um fim. Como normas valorativas que se destinam a um “fim” (finalidade), os princípios deixam de ter conteúdo meramente axiológico¹⁶⁷ e passam à categoria deontológica¹⁶⁸.

É fundamental o entendimento desta mudança na estrutura normativa principiológica, pois com isso os valores deixam de ser compreendidos como ônticos, considerando sua estrutura axiológica, pois nessa perspectiva a sua possibilidade é “vastíssima e abrange tudo o que é e o que pode ser, todo o mundo dos reais e dos possíveis, a partir do Ser Absoluto Subsistente até o mais sutil sopro de ar e o mais leve floco de neve”¹⁶⁹. Com isso, procura-se evitar o velho risco: aquilo que quer ser tudo, acaba não sendo nada!

Este era exatamente o problema das normas de natureza principiológica, em função de sua textura aberta¹⁷⁰, comparado (equivalente) com os conceitos jurídicos indeterminados, tudo pode ser dito ao seu respeito, não há delimitação de seu âmbito normativo ante essa indeterminação. Esse é um erro crasso!

Princípios, como conceitos, não podem ser considerados como indeterminados, não é possível sobre eles tudo dizer, é essencial que se delimite, então, os seus *fins*, donde se torna imperioso que o tratamento categórico

¹⁶⁶ ÁVILA, 2011, op. cit., p. 78/79.

¹⁶⁷ “(...) os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom.” (ALEXY, 2008, op. cit., p.145)

¹⁶⁸ “Exemplos de conceitos *deontológicos* são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a esses conceitos, (...), é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deôntico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser.” (Idem. Ibidem, p.145)

¹⁶⁹ MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. Bauru/SP: EDUSC, 2005, p.71.

¹⁷⁰ “Conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, cada um num diferente plano, integram as chamadas normas de tipo aberto, ou normas de textura aberta, ou ainda a textura aberta do direito. Como ponto em comum possuem o objetivo de formular normas que tenham um maior espectro de abrangência e adaptação ao caso concreto, o que faz com que tenham, por conseguinte, maior longevidade e possibilidade de aplicação justa.” (REQUIÃO, Maurício. **Normas de Textura Aberta e Interpretação: Uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p.35.)

dispensado a eles seja o deontológico, e não o axiológico, em função da vagueza proporcionada pelos valores ônticos.

Inevitavelmente, a axiologia principiológica irá proporcionar ao intérprete o subjetivismo típico do *positivismo jurídico*¹⁷¹, pois “as ciências que estudam os valores ontológicos têm à frente a metafísica. Ela estuda o ser como ser, como perfeição absoluta que torna possível qualquer outra perfeição e toda ordem de realidade”¹⁷².

Possível concluir que, pela finalidade a ser alcançada com as normas principiológicas, os “princípios são (...) razões para juízos concretos de dever-ser”¹⁷³, motivo pelo qual os “princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem””¹⁷⁴.

Os princípios devem, dessa forma, impedir “múltiplas respostas”, proibindo, assim, que os intérpretes atuem dentro de um âmbito de subjetividade. Aqui exsurge a necessidade de uma teoria dos princípios “*antissubjetivista*”.

Além desta discussão acerca da subjetividade do intérprete, e a sua necessária superação, uma outra temática que envolve os princípios, de suma importância, é a que discute a capacidade de incidência imediata desta espécie normativa para solucionar as questões submetidas ao Direito.

Em outras palavras, estão os princípios condicionados na sua aplicabilidade à existência de regras que operacionalizem os seus efeitos, logo a sua incidência é indireta nos casos concretos, ou possuem força normativa própria e têm incidência direta?

Diversas são as teorias. No Brasil tem tido grande reverberação a posição de Robert Alexy, ao sustentar que:

“Princípios (...) não devem, mesmo quando neles tipo e consequência jurídica deixa diferenciar-se e os pressupostos do tipo estão cumpridos,

¹⁷¹ “Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um princípio aplicável, o próprio intérprete pode cria-lo. Em tempos de “densidade principiológica” e “textura aberta”, tudo isso propicia que se dê um novo status ao velho *non liquet*.” (STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.493)

¹⁷² MONDIN, ob. cit., 2005, p.71/72.

¹⁷³ ALEXY, op. cit., 2008, p.87.

¹⁷⁴ STRECK, ob. cit., 2009, p.166.

determinar coercitivamente a decisão, mas somente conter fundamentos, que falam a favor de uma ou de outra decisão, sugeri-la.”¹⁷⁵

A partir desta concepção, extrai-se como conclusão preliminar que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, na sua aplicação, ao ensejarem conflitos, necessitarão da realização de “sopesamento”¹⁷⁶, ou seja, a aplicação de princípios tende a solucionar as colisões por intermédio da verificação do “peso” dessas normas, diante de uma determinada situação concreta¹⁷⁷.

Para que esse “arranjo técnico” funcione, todavia, Alexy preconiza a necessidade de que se compatibilize com “um grau suficiente de discricionariedade”¹⁷⁸. O subjetivismo decisório, a arbitrariedade, portanto, é prevista pelo próprio Robert Alexy.¹⁷⁹

Eis a questão, mais uma vez, da discricionariedade, do subjetivismo, em suma, arbitrariedade. Jürgen Habermas identifica a base do problema, justamente, na definição dos princípios como categoria deontológica, ao afirmar que:

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.141.

¹⁷⁶ “Os *princípios* também jamais serão absolutos, caso contrário seria impossível compatibilizar direitos individuais de diferentes titularidades, seja entre si ou em face de direitos coletivos. Essa relatividade implica tanto no conceito de *princípio* como *mandamento de otimização*, quanto na idéia de *sopesamento*, isto é, de que a aplicação de princípios acarretará colisões que devem ser solucionadas mediante a verificação do peso dessas normas em uma determinada situação concreta. Aqui entra em cena a *proporcionalidade*, mecanismo que irá auxiliar o controle racional dessa ponderação e que possui com *Teoria dos Princípios* uma conexão recíproca e necessária. Sua estrutura analítica é composta por três elementos: a) *adequação*, b) *necessidade* e c) *proporcionalidade* em sentido estrito.” (CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.207/208)

¹⁷⁷ Idem. Ibidem, p.207.

¹⁷⁸ ALEXY, op. cit., 2008, p.599.

¹⁷⁹ “(...) adere à proposta de R. Alexy, a qual consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da “ponderação de valores”, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizador de valores, referida a casos (...)” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.315)

“A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim).”¹⁸⁰

Acontece que a superação do positivismo implica enfrentamento e superação do problema da discricionariedade judicial¹⁸¹.

Com o objetivo de contribuir nesse sentido, Ronald Dworkin propõe a (re)significação de princípio, aproximando-o de uma dimensão de moralidade, refutando possíveis usos utilitaristas para essa importante categoria jurídica¹⁸².

Dworkin busca, assim, uma reaproximação (definitiva) entre o Direito e a Moral fundada na valorização promovida pela categoria dos princípios, em contraposição ao pensamento positivista. Esforça-se para estabelecer a distinção entre regras e princípios como corolário central de seu pensamento. Em função dessa afirmação principiológica da sua teoria, os direitos fundamentais, neste contexto, assumem o *status* de *direitos morais*, estabelecendo, por consequência, a ideia de Constituição como *integração*.

É importante registrar que o princípio não obtém sua validade pela recondução a uma norma fundamental, como no modelo positivista kelseniano, ou a uma norma de reconhecimento, como no pensamento hartiano, mas é retirado da práxis do tribunal, ou, ainda, de um conjunto de regras que possuem a sua validade declarada no caso concreto, e somente nesta instância poderá ter o seu “peso” avaliado.¹⁸³

Além dessa característica fundamental apontada por Dworkin, é importante registrar a sua concepção de que os princípios jurídicos não se originam de decisões políticas do legislativo ou da decisão particular de um

¹⁸⁰ Idem. Ibidem, p.316/317.

¹⁸¹ “O caráter normativo dos princípios – que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas – não pode ser encarado como um álibi para a discricionariedade, pois, desse modo, estaríamos voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo.” (STRECK, op. cit., 2010, p.96)

¹⁸² DWORKIN, 2002, op. cit., p.36.

¹⁸³ SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.71.

tribunal, mas da “compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”¹⁸⁴.

A partir destas premissas, Dworkin defende que os juízes podem, principalmente diante dos denominados “casos difíceis” (*hard cases*), fundamentar suas decisões em princípios. Isto, todavia, não é um convite à discricionariedade, como muitos imaginam, mas uma oposição à discricionariedade, desde que as decisões sejam fundamentadas em princípios.

Disso, decorre a possibilidade dos magistrados fundamentarem suas decisões em princípios, em qualquer tipo de caso, consoante explica Wálber Carneiro, ao asseverar que:

“Para Dworkin, entretanto, “levar os direitos a sério” e julgar de modo não discricionário não se esgota na mera fundamentação da decisão neste ou naquele princípio, uma prática, aliás, muito comum no Brasil. A fundamentação em princípios como uma possibilidade contra a discricionariedade do direito judicial deve ser vista em Dworkin no contexto de sua tese sobre a *integridade*, que demanda uma tarefa hercúlea do julgador na busca da resposta correta.”¹⁸⁵

Há, porém, quem defenda de forma expressa que “os princípios, em alguns casos, operam sem intermediação de regras, como único fundamento para ação em casos particulares”¹⁸⁶. Para melhor compreender o tema, será necessário estudar a relação entre princípios e regras, para posteriormente entender a possibilidade de aplicação imediata dos princípios na hipótese do dispositivo da Lei de Improbidade, qual seja o art. 11.

2.1.3 A Relação entre Regras e Princípios na Teoria das Normas

Os autores que se desenvolveram teorias para distinguir *princípios* e *regras*, *a priori*, preocuparam-se com o desvelamento das características centrais que diferenciam os princípios como normas jurídicas, uma vez que era acerca do reconhecimento dessa categoria normativa, seu papel e seus limites, que transitavam as principais indagações da dogmática jurídica.

¹⁸⁴ Idem. Ibidem, p.64.

¹⁸⁵ CARNEIRO, ob. cit., 2010, p.267.

¹⁸⁶ NEVES, 2013, OP. CIT., p.68, nota de rodapé nº 92.

O primeiro autor a envidar esforços, nesse sentido, para esclarecer a relação e a distinção entre princípios e regras foi Josef Esser¹⁸⁷. Este autor anota a importância de se observar o processo real de criação do direito, pois “sólo en él se hace comprensible y palpable la significación y la eficacia de los principios, tanto para el pensamiento jurisprudencial como para el dogmático”¹⁸⁸.

Diferencia, inicialmente, Esser, princípios de regras em decorrência da distinção entre conteúdo e forma, ao sustentar que: “(...) Los principios jurídicos, a diferencia de las normas de derecho, son contenido en oposición a forma, aunque el uso de estas categorías aristotélicas no debe inducirnos a pensar que la forma sea accesorio de algo esencial”¹⁸⁹.

Para Josef Esser a diferença entre princípios e regras tem amplitude diversa a depender da tradição jurídica, possuindo, então, maior alcance para a matriz do direito europeu continental do que possui para a matriz do *common law*. A distinção decorre da existência de um aparato burocrático organizado naquela matriz, com a função de aplicar o direito, enquanto nesta tradição “el juez no es un funcionario a los efectos de una acción burocráticamente organizada”¹⁹⁰.

Crítica, mais adiante, em sua obra, o fato de se ter utilizado o critério da generalidade para diferenciar princípios de regras, uma vez que existem regras que são construídas a partir de formulações linguísticas mais genéricas¹⁹¹. A questão, então, para Josef Esser perpassa pela aplicação, sendo as regras diretamente aplicadas, e os princípios só mediatamente.

Merece registro que aquilo que Esser chamava de norma é o correspondente às regras. A utilização dessa nomenclatura, por sua vez, provoca a crítica kelseniana, ao defender que “se existe uma diferença entre ‘princípio’ e ‘norma’, princípio não pode ser norma”¹⁹². O mestre de Viena preocupava-se com

¹⁸⁷ “(...) em sua obra *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito Privado), de 1956, este autor procedeu a uma análise sistemática dos princípios do Direito, observados desde a perspectiva de sua aplicação prática, por juízes e tribunais.” (FELLETT, André. **Regras e Princípios, Valores e Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.)

¹⁸⁸ ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 19.

¹⁸⁹ Idem. Ibidem, p. 65.

¹⁹⁰ ESSER, 1961, op. cit., p. 66.

¹⁹¹ Cfe. Idem. Ibidem, p. 122/123.

¹⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 149.

a possibilidade dos princípios assumirem a natureza de “direito positivo”, o que acarretaria a incorporação de princípios morais, políticos, econômicos, etc., como normas de Direito. Diante desse quadro ele estabeleceu contundente crítica a Josef Esser¹⁹³.

Karl Larenz, por sua vez, associa-se de forma direta ao pensamento de Esser¹⁹⁴, tendo este forte influência no desenvolvimento de sua concepção sobre princípios. A posição adotada por Larenz é de que os princípios têm como função primordial direcionar a busca pela regra aplicável ao caso concreto, carecendo-lhes, porém, condição de aplicação direta e imediata na solução dos problemas de natureza jurídica. Depreende-se esta posição da seguinte afirmativa sobre os princípios:

“(…) <princípios> são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale, segundo a Constituição, um primado de concretização do legislador. Este significa que onde o princípio deixe em aberto diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estão vinculados à escolhida pelo legislador ordinário, não lhes sendo, portanto, lícito substituí-la por outra – porventura, por via de uma interpretação <conforme à Constituição> ou de uma correção da lei – que em sua opinião seja de preferir. Só quando – e na medida em que – a regulação encontrada pelo legislador contradiz pura e simplesmente o princípio constitucional, quer dizer, não representa já qualquer possível concretização do princípio, é que se há-de recusar a validade à lei, por inconstitucional.”¹⁹⁵

O princípio é percebido como elemento de limitação do Direito, e não como norma de aplicação, na perspectiva de Karl Larenz, carecendo, para sua concretude, da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, com primazia do primeiro. Percebe-se no pensamento deste autor a preocupação com a

¹⁹³ “A afirmação de que os ‘princípios’ influenciadores da produção do Direito são ‘Direito positivo’ representa a mistura anteriormente indicada de dois conceitos – que devem ser separados do ponto de vista conceitual-econômico-. De mais a mais, o conceito de Direito estende-se além do de ‘norma de Direito’ e assim despoja-se de todo limite ante os da Moral e da Política. Deste modo, todos os fatores que efetivamente influenciam a produção do Direito, assim, particularmente, interesses de partido ou de classe, podem ser qualificados ou justificados como ‘Direito’. (...) Que princípios da Moral, da Política, do Costume, são ‘materializados’ por atos jurídico-formativos, apenas pode significar que normas jurídicas produzidas por atos jurídico-formativos – segundo seu conteúdo – correspondem a esses princípios. Isso não é, porém, nenhuma razão para considerar esses princípios como Direito positivo, quer dizer, para estender o conceito de Direito Positivo de modo que ele também abranja esses ‘princípios’.” (Idem. Ibidem, p. 150/151.)

¹⁹⁴ Cfe. ALEXY, 2010, op. cit., p. 143/144.

¹⁹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012, p. 482.

discricionariedade e o subjetivismo que pode ocorrer na complementação de sentido do princípio, quando é o Poder Judiciário que o faz. Esta será uma temática aprofundada mais adiante na presente tese.

Claus-Wilhelm Canaris, por sua vez, discute o processo de transformação do *valor em princípio*, que se caracteriza, entre outros aspectos, por possuir um maior grau de concretização do que o valor, pois “ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica”¹⁹⁶.

“O princípio ocupa pois, justamente o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração.”¹⁹⁷

Canaris desenvolve, a partir dessa posição inicial, a sua compreensão sobre a aplicabilidade dos princípios no sistema jurídico, e entende que eles não podem ter a mesma pretensão de aplicabilidade de uma regra, com a definição de hipóteses de incidência e as devidas consequências, de sorte que “os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas. (...) Por outras palavras: o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o dos seus limites”¹⁹⁸.

A partir dessa concepção, Claus Canaris diferencia os princípios das regras (que ele, também, denomina de norma), levando em consideração a questão da aplicação, asseverando que “eles não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou <normativizados>”¹⁹⁹. Dependem, portanto, os princípios de regras para a sua aplicação.

Partindo da premissa de que as construções teóricas decorrentes da investigação da distinção entre regras e princípios sempre girou ao redor do *positivismo jurídico*, e sustentando a necessidade da construção de uma teoria

¹⁹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 86.

¹⁹⁷ Idem. Ibidem, p. 87.

¹⁹⁸ CANARIS, 1989, op. cit., p. 92-95.

¹⁹⁹ Idem. Ibidem, p. 96.

pós-positivista, destaca-se o trabalho de Ronald Dworkin, e sua crítica ao *positivismo*.

“Dworkin, cuja teoria do direito pressupõe um diálogo com a teoria da justiça de John Rawls, toma como ponto de partida do desenvolvimento de sua concepção dos princípios a crítica da noção hartiana da textura aberta do direito, conforme a qual as situações não reguladas por regras ficariam no âmbito da discricionariedade (em sentido forte) do juiz. O argumento positivista levaria à tese de que, “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade do direito. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”.²⁰⁰

Em oposição a essa ideia, e, portanto, em frontal crítica ao *status* gerado pelo *positivismo*, em relação à aplicação do direito, Dworkin defende a inserção dos princípios no âmbito do sistema jurídico, sustenta se tratarem de normas que “vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso”²⁰¹.

Como já foi dito anteriormente, as regras na concepção dworkiana são normas aplicadas a partir da disjunção excludente do “tudo-ou-nada”, enquanto aos princípios ele atribui “a dimensão do peso ou da importância”²⁰², de sorte que “quando há entrecruzamento entre princípios, cumpre definir qual é o mais relevante para a solução do caso. Daí por que dois princípios em colisão podem ser simultaneamente válidos”²⁰³.

“(...) essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (...) As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes (...). Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.”²⁰⁴

²⁰⁰ NEVES, 2013, op. cit., p. 51/52.

²⁰¹ Idem. Ibidem, p. 52.

²⁰² DWORKIN, 2002, op. cit., p. 42.

²⁰³ NEVES, 2013, op. cit., p. 53.

²⁰⁴ DWORKIN, 2002, op. cit., p. 43.

Essa distinção evidencia a maior dificuldade que demanda a interpretação/aplicação de princípios se comparados com as regras, ante a complexidade que envolve o processo e reconhecimento e sopesamento daqueles. Para enfrentar esse “dilema”, Dworkin criou a figura do “Juiz Hércules”, que é “orientado pelos princípios e capaz de identifica-los nas controvérsias em torno de direitos, viabiliza praticamente que se chegue a uma única resposta correta ou, no mínimo, ao melhor julgamento de um caso”²⁰⁵.

O “Juiz Hércules”, em regra, busca nas suas decisões se afastar de suas *pré-compreensões* e *pré-conceitos*, ou seja, de suas convicções pessoais, para buscar dentro de uma *moralidade comunitária*, entendida essa como “a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem”²⁰⁶. É preciso ressaltar, todavia, que:

“(…) a técnica de Hércules pode às vezes requerer uma decisão que se oponha à moralidade popular em um ou outro de seus aspectos. Suponhamos que não se possa apresentar nenhuma justificação constitucional dos casos anteriores que não contenha um princípio liberal forte o bastante para exigir uma decisão favorável ao aborto. Hércules deve, então, chegar a essa decisão, seja qual for a intensidade com que a moralidade popular condene o aborto. Neste caso, ele não aplica suas próprias convicções contra as da comunidade. Ao contrário, julga que, neste aspecto, a moralidade da comunidade é incoerente: sua moralidade constitucional – a justificação que se deve dar à Constituição, tal como interpretada por seus juízes – condena o juízo que Hércules emite sobre a questão específica do aborto. (...) É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja.”²⁰⁷

Diante dessa construção, pode-se inferir que “o problema não reside na discricionariedade, mas sim na forma seletiva de estruturação da complexidade”, que começa pela própria estruturação seletiva da tarefa realizada pelo Poder Legislativo, na especificação das expectativas normativas, e se complementa em uma nova seleção sobre diversas e divergentes expectativas normativas no processo de interpretação realizado pelo Judiciário. Nesse campo:

“Eles atuam seletivamente, ao excluir certas expectativas normativas em torno de direitos e deveres constitucionais e legais, incluindo outras como normas atribuíveis aos respectivos textos normativos. No processo

²⁰⁵ NEVES, 2013, op. cit., p. 55/56.

²⁰⁶ DWORKIN, 2002, op. cit., p. 197.

²⁰⁷ Idem. Ibidem, loc. cit.

de concretização da Constituição, os princípios de um lado, têm a maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico, no qual uma diversidade enorme de expectativas pretende afirmar-se na esfera pública como constitucionalmente amparadas.”²⁰⁸

A proposta de Ronald Dworkin, porém, será objeto de uma reformulação proposta por Robert Alexy, fundamentada “em uma reconstrução da jurisprudência dominante no Tribunal Constitucional Federal alemão”²⁰⁹. O autor alemão critica, principalmente, a tese de aplicação das regras defendida no modelo dworkiano à maneira do “tudo ou nada”, “com base no argumento de que, nas ordens jurídicas modernas, as exceções às regras não são suscetíveis de enumeração taxativa, inclusive em teoria. Novas exceções podem surgir a cada novo caso”²¹⁰.

“Se as exceções, como Dworkin afirma, pelo menos, fundamentalmente, não são enumeráveis, uma formulação completa da regra não é possível. Se, porém, uma formulação completa não é possível, pode somente em virtude dos pressupostos, cada vez conhecidos, da regra, jamais ser concluído com segurança pela consequência jurídica. Sempre é possível que o caso dê lugar para incluir uma nova exceção na forma de uma característica negativa no tipo da regra. Ocorre isso, a regra não é aplicada em sua formulação até agora conhecida.”²¹¹

É, contudo, esclarecedora a lição do próprio Robert Alexy, tentando imprimir a tese de que a distinção entre regras e princípios é *qualitativa*, e não uma questão de gradação, quando sustenta que:

“O ponto de vista decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”²¹²

Enquanto a solução dos conflitos de regras se dá pela aplicação de códigos binários (validade/invalidade, satisfação/não satisfação, licitude/ilicitude,

²⁰⁸ NEVES, 2013, op. cit., p. 57/58.

²⁰⁹ NEVES, 2013, op. cit., p. 63.

²¹⁰ Idem. Ibidem, loc. cit..

²¹¹ ALEXY, 2010, op. cit., p. 144.

²¹² ALEXY, 2008, op. cit., p. 90.

cumprimento/não cumprimento, etc.)²¹³, a colisão de princípios requer um processo mais sofisticado, que deverá proporcionar a avaliação dos pesos dos princípios colidentes, ou seja, deverá se dar por *sopesamento*, mediante aplicação de uma técnica proposta por Alexy para encontrar a decisão proporcional, qual seja: *a ponderação*²¹⁴.

Na aplicação dessa técnica a aferição da precedência de um princípio em detrimento de outro princípio, diante das condições especiais determinadas pelo caso concreto, se dá mediante a ponderação dos pesos, e ao final não há necessidade que o princípio preterido seja declarado inválido. Registre-se, todavia, que na aplicação da técnica, ao encontrar a decisão que privilegie a proporcionalidade, diante das condições fáticas apresentadas, em verdade “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”²¹⁵.

Mais adiante, em sua tese, Alexy, enfim, sentencia que “princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de

²¹³ “Embora a regra na sua formulação definitiva e completa, como fundamento imediato de uma norma de decisão, só possa ser aplicada binariamente, ela é *prima facie* suscetível de comportar uma dimensão de peso e, portanto, de submeter-se a critérios de ponderação em um caso concreto.” (NEVES, 2013, op. cit., p. 77.). “Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras (...)).” (ÁVILA, 2011, op. cit., p. 52)

²¹⁴ “A ponderação tida como procedimento jurídico, quando encarada pela autointerpretação de seus protagonistas, representa uma resposta a um problema hermenêutico específico. Ela reage à falta de uma diretriz normativa (*Normvorgaben*) suficientemente precisa e programada em um esquema condicional claro. A fala sobre o caráter principiológico de determinadas normas traz essa condição de carência de programas condicionais para o próprio conceito de norma – dado que ela não descreve tal conceito como sendo um mero déficit. O ponto alto de seu argumento consiste muito mais no uso afirmativo que ela faz desse aparente déficit. A ponderação funciona, então, como um fenômeno complementar necessário ao método jurídico tradicionalmente firmado sob a denominação de “interpretação e subsunção” (*Auslegung und Subsumtion*). Ela completa essa técnica clássica, uma vez que oferece ao direito uma mais-valia para que ele seja capaz de decidir em conflitos específicos que são impassíveis de serem solucionados adequadamente pelo esquema clássico. No lugar de decisões dicotômicas do tipo ou-um-ou-outro (*Entweder-Oder-Entscheidungen*) – ou em que se analisa: a hipótese de incidência da norma (*Normtatbestand*) foi preenchida ou não? – encontra-se o exame de interesses mutuamente afetados e de seu sopesamento (*Gewichtung*) específico no caso concreto ou sob o exame da posição que está do lado oposto. Em vez de “tudo ou nada”, a tarefa agora é: a otimização de todos os lados das posições dos afetados que estão em relação de conflito uma com a outra.” (AUGSBERG, Ino. **A Desunidade da Razão na Multiplicidade de suas Vozes – A Teoria da Ponderação e a sua Crítica como um Programa Jurídico-Teórico.** In CAMPOS, Ricardo. **Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Social.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.)

²¹⁵ ALEXY, 2008, op. cit., p. 117/118.

alguma exceção, razões *definitivas*²¹⁶. Assim, “nesse sentido, regras e princípios são apresentados como razões ou fundamentos para normas, sejam essas universais (gerais-abstratas) ou individuais (juízos concretos de dever-ser), só indiretamente razões ou fundamentos para ações”²¹⁷.

Robert Alexy, contudo, acaba corroborando o pensamento originário de Josef Esser, já apresentado, como se pode depreender da seguinte análise formulada por aquele autor:

“Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.”²¹⁸

Antes de encerrar essa discussão sobre a distinção entre princípios e regras, é fundamental identificar, diante do quadro construído teoricamente, qual é a vantagem que se pode extrair desse modelo, ou seja: o que justifica o fato das regras representarem razões definitivas?

A resposta está no fato das regras se relacionarem com a ideia subjacente ao *princípio da segurança jurídica*, uma vez que elas são “justificadas como mecanismos para economizar tempo e para reduzir o risco de erro quando se decide o que deve ser feito”²¹⁹.

“Uma regra pode ser tranquilamente examinada com base na melhor informação disponível a respeito dos fatores provavelmente presentes nas situações a que se aplica. A regra afirma o que deve ser feito nessas situações com base na ponderação entre razões previsíveis. Quando a situação a que se aplica realmente ocorre, os sujeitos da norma podem confiar na regra, economizando assim muito tempo e trabalho e reduzindo os riscos de um cálculo equivocado daquilo que está em jogo ao examinar novamente cada situação em seu próprio mérito.”²²⁰

²¹⁶ Idem. Ibidem, p. 106.

²¹⁷ NEVES, 2013, op. cit., p. 68.

²¹⁸ ALEXY, 2008, op. cit., p. 108.

²¹⁹ RAZ, 2010, op. cit., p. 54.

²²⁰ Idem. Ibidem, loc. cit..

Subtraindo o fundamento da economia de tempo, pois a questão é qualitativa, e não quantitativa, corrobora-se o entendimento acerca da diminuição de risco gerada pela aplicação de regras, diante da sua estrutura, mesmo reconhecendo que sua aplicação se dá mediante processo complexo, inegável a sua maior proximidade com a efetivação do *princípio da segurança jurídica*, que será desenvolvido em tópico específico.

Apresentadas as teorias de maior impacto sobre o debate jurídico brasileiro acerca da distinção entre regras e princípios, é preciso investigar como a questão sobre esta temática se desenvolveu no solo pátrio, avaliando as teses sustentadas pelos autores que mais têm se destacado nesse assunto.

2.2 AS PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS DEFENDIDAS NO BRASIL

Muitos são os trabalhos que discutiram a matéria no Brasil, todavia o debate se aprofundou após a publicação da *Teoria dos Princípios*, de Humberto Ávila²²¹, que teve a sua primeira edição em 2003. Isso não significa que este autor tenha pacificado o entendimento sobre princípios e regras, mas sim que ele intensificou o debate, sendo alvo inclusive de diversas críticas. Para melhor compreender o tema, então, será apresentado um resumo das ideias de Humberto Ávila.

O autor apresenta quatro critérios de justificação para a dissociação entre princípios e regras: justificante, abstrata, heurística e em alternativas inclusivas. Cada um destes critérios será analisado, inicialmente, de forma isolada.

O fundamento de dissociação justificante avalia a relação entre os princípios e os valores, atribuindo-se à estes a dependência de análises subjetivas, todavia não nega a possibilidade de se “encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positivação de valores”²²². Exsurge assim dois modos antagônicos de investigação dos princípios: 1) o que exalta os valores por eles protegidos, privilegiando a proclamação da importância dos

²²¹ ÁVILA, 2011, op. cit..

²²² ÁVILA, 2011, op. cit., p. 64.

princípios, “qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico”²²³; 2) o que privilegia a análise da estrutura dos princípios, com o escopo primordial de encontrar um *procedimento racional* que justifique e controle a sua aplicação nos enunciados doutrinários e decisões judiciais, e especifique quais são as condutas derivadas deles para a realização dos valores. Nesse segundo caso, a questão basilar “deixa de ser a verificação dos valores em jogo, para se constituir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores”²²⁴.

A segunda dissociação apresentada por Humberto Ávila é a abstrata, que parte dos seguintes problemas:

“A distinção entre categorias normativas, especialmente entre princípios e regras, tem duas finalidades fundamentais. Em primeiro lugar, visa antecipar características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. Em consequência disso, a referida distinção busca, em segundo lugar, aliviar, estruturando-o, o ônus de argumentação do aplicador do Direito, na medida em que a uma qualificação das espécies normativas permite minorar – eliminar, jamais – a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado.”²²⁵

Aponta, assim, criticamente, para a forma que a doutrina tem trabalhado a interpretação/aplicação dos princípios, responsável, segundo o autor, pela manipulação de elementos que favorecem uma abstração dessa espécie de norma. Sonegam, assim, os doutrinadores elementos de concretude que somente poderiam ser encontrados na casuística.

Ao avaliar esse problema, Ávila indica como solução “distinguir o plano preliminar de análise abstrata das normas, comumente chamado de *prima facie* de significação, do plano conclusivo de análise concreta das normas, comumente denominado de nível *all things considered* de significação”²²⁶.

“(…) se distinção entre princípios e regras visa a facilitar a aplicação das normas por meio da antecipação de qualidades normativas e da descarga argumentativa, esse critério revela-se inconsistente, pois só pode ser verificado depois da aplicação, e não antes. Sendo assim, esse critério só teria cabimento se permitisse que o aplicador já pudesse

²²³ Idem. Ibidem, loc. cit..

²²⁴ Idem. Ibidem, p. 65.

²²⁵ Idem. Ibidem, loc. cit..

²²⁶ ÁVILA, 2011, op. cit., p. 65.

antecipar, com segurança, o modo de aplicação de uma norma pela análise de sua estrutura. Segundo a doutrina, essa estrutura é uma estrutura hipotética. E, diante de uma norma com estrutura hipotética, o aplicador deveria implementar diretamente a consequência normativa. Isso, porém, não pode ser garantido antes da análise de todas as circunstâncias do caso concreto, pois, como já foi visto, pode haver razões justificativas não previstas abstratamente que superem as razões de aplicação da regra.”²²⁷

Esse modelo, por fim, pode obstruir a construção do sentido real das normas, principalmente da espécie regra, seja porque “podem excluir a consideração de razões substanciais justificativas de decisões fora do conteúdo preliminar de sentido dos dispositivos, quer porque podem limitar a construção de conexões axiológicas entremostradas entre os elementos do sistema normativo”²²⁸.

Na dissociação heurística, Humberto Ávila parte da ideia de a construção do intérprete deve levar em consideração conexões axiológicas que não estão presentes no texto, e que demandam a construção interpretativa. Assim, defende que:

“Por isso a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer como valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer como valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como modelo de hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos.”²²⁹

Ávila, parece, nesse ponto, defender uma modelo substancialista de interpretação das regras e princípios, que atribui um *valor* meramente temporário, efêmero, por isso passível de modificação no tempo, de acordo com novas significações decorrentes das particularidades imputadas pelos casos concretos, e, também, diante da dinâmica socioeconômica. Diante desse quadro, a posição *heurística* facilita essa maleabilidade que as normas precisam possuir para adaptar-se à realidade.

²²⁷ Idem. Ibidem, p. 66.

²²⁸ Idem. Ibidem, p. 68.

²²⁹ Idem. Ibidem, loc. cit..

Por último, a dissociação em alternativas inclusivas, que se diferencia das outras três em decorrência de admitir a coexistência das regras e princípios em razão de um mesmo dispositivo. A diversidade de dispositivos, portanto, não exclui a possibilidade da construção simultânea de regras e princípios, referenciados naqueles, uma vez que:

“Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa.”²³⁰

Assim, Ávila defende que os dispositivos que fundamentam a construção normativa podem “germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for *autonomizado*”²³¹. E, conclui que:

“(…) um mesmo dispositivo pode ser ponto de partida para a construção de regras e princípios, desde que o comportamento previsto seja analisado sob perspectivas diversas, pois um mesmo dispositivo não pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, ser um princípio e uma regra. (...) O que aqui se propõe é justamente a superação desse enfoque baseado numa alternativa exclusiva das espécies normativas, em favor de uma distinção baseada no caráter pluridimensional dos enunciados normativos, pelos fundamentos já expostos.”²³²

A partir destes quatro elementos de dissociação apresentados, e de mais três critérios, quais sejam: 1) natureza do comportamento descrito; 2) natureza da justificação exigida; e, 3) medida de contribuição para a decisão; Humberto Ávila distingue regras e princípios, ao definir aquelas da seguinte forma:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.”²³³

²³⁰ ÁVILA, 2011, op. cit., p. 68/69.

²³¹ Idem. Ibidem, p. 70.

²³² Idem. Ibidem, p. 70/71.

²³³ Idem. Ibidem, p. 78.

Após a definição de regra, apresenta o autor a sua definição de princípio, nos mesmos moldes, já apresentada nesta tese²³⁴, fundada, principalmente, no fato de se tratar de normas imediatamente finalísticas, que, portanto, estabelecem um fim a ser atingido. Sustentado nos ensinamentos de Ota Weinberger, Ávila afirma que:

“(...) um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma *função diretiva (richtungsgebende Funktion)* para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir a previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa. Necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado.”²³⁵

O escopo da definição do fim é a busca de um *estado ideal de coisas*, daí a necessidade de buscar os meios adequados para a sua realização, entendidos estes (meios) como condição para promover os fins de forma gradual, o que gera entre eles (meios e fins) uma correlação de natureza conceitual.

Críticas ao trabalho de Humberto Ávila foram produzidas no Brasil, como, por exemplo, a formulada por Virgílio Afonso da Silva²³⁶, que ao enfrentar a proposta teórica daquele autor gaúcho, argumenta acerca da tentativa de *refinamento*, e, também, de entabular uma *classificação geral*, que somente “faz sentido na medida em que o objeto de estudo assim exige, e, sobretudo, se tais refinamentos tiverem como resultado um ganho de clareza analítico-conceitual”²³⁷, o que não ocorre no caso da proposta de Humberto Ávila²³⁸.

²³⁴ Conforme Item 1.1.2, p. 47, da presente tese.

²³⁵ ÁVILA, 2011, op. cit., p. 79.

²³⁶ SILVA, 2009, op. cit., p. 56-64.

²³⁷ Idem. Ibidem, p. 63.

²³⁸ Merece registro o fato de Humberto Ávila sustentar, ainda, a existência de uma terceira espécie normativa, ao asseverar que: “Além de este estudo propor a superação de um modelo dual de separação entre regras/princípios, baseado nos critérios da existência de hipótese e do modo de aplicação e fundado em alternativas exclusivas, ele também propõe a adoção de um modelo tripartite de dissociação regras/princípios/postulados, que, ademais de dissociar as regras dos princípios quanto ao dever que instituem, à justificação que exigem e ao modo como contribuem para solucionar conflitos, acrescenta a essas categorias normativas a figura dos postulados, definidos como instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem

Diante desse quadro, Virgílio Afonso da Silva defende que:

“(...) as definições de Ávila sugere para os conceitos de regra e princípio mais confundem que esclarecem a distinção. Confundem sobretudo por inserirem um sem-número de elementos nas definições, que, além de dificultarem sobremaneira sua inteligência, não são elementos imprescindíveis à correta e suficiente distinção entre os dois conceitos.”²³⁹

Assim, ao determinar a sua crítica, Virgílio Afonso da Silva, sustenta sua proposta conceitual, ao definir *princípio* como “mandamento de otimização de otimização, ou seja, como norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*”, ao tempo em que afirma estarem as regras sempre em “contraposição aos princípios, ou seja, como normas que garantem direitos ou impõem deveres *definitivos*”²⁴⁰. Adota, assim, claramente, o modelo proposto por Robert Alexy, embora reconheça a existência de crítica ao modelo proposto²⁴¹.

Defendendo também a aplicação do modelo alexyano, Ana Paula de Barcellos, desenvolve um critério de distinção que “chama as regras de comandos de definição e os princípios de comandos de otimização. Por isso mesmo, na hipótese de colisão, as regras terão preferência sobre os princípios”²⁴².

Outro autor brasileiro influenciado pelo pensamento do mestre alemão é Willis Santiago Guerra Filho, que estabelece a diferenciação, entre as espécies normativas em questão, nos seguintes termos:

“Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem-se a fatos hipotéticos (Tatbestande) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (“proibido”, “obrigatório”, “permitido”), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica para ser

condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo.” (ÁVILA, 2011, op. cit., p. 71.)

²³⁹ SILVA, 2009, op. cit., p. 63.

²⁴⁰ SILVA, 2009, op. cit., p. 63/64.

²⁴¹ “Embora seja menos forte no Brasil, há no exterior, especialmente na Alemanha, uma forte vertente crítica contra uma suposta hipertrofia do sopesamento, uma hipertrofia dos princípios. Segundo essa vertente, os direitos fundamentais, compreendidos como princípios, valeriam para qualquer coisa e não teriam nenhum conteúdo determinado. Essa linha de argumentação critica tanto um recurso exagerado aos princípios, quanto um recurso exagerado à ponderação ou ao sopesamento como forma de aplicação do direito. E o principal traço comum entre essas críticas é a referência a uma suposta subjetividade e a uma suposta irracionalidade do sopesamento.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e Objetividade na Interpretação Constitucional**. In MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 364.)

²⁴² BARCELLOS, 2005, op. cit., p. 183.

realizada na medida do jurídico e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, leva ao chamado “sopesamento” (Abwägung), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas (...).”²⁴³

Nesse compasso, assentem outros importantes doutrinadores acerca da distinção entre princípios e regras, fortalecendo o coro ao redor da centralidade do problema da interpretação ser fundamental para essa diferenciação. Notadamente, quando se discute a questão das colisões normativas. Transcreve-se, nesse sentido, a lição de Paulo Bonavides, ao explicar que:

“(...) onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito.”²⁴⁴

A concepção alexyana, portanto, conforme se depreende das transcrições, pode-se resumir, sustenta uma aplicação estrita das regras, ou seja, devem ser aplicadas sempre que válidas, pois “a teoria dos princípios impõe uma restrição significativa à liberdade do intérprete, que, para deixar de exigir a realização da conduta prescrita, tem o ônus argumentativo de justificar que a regra não é válida ou que a situação não enseja sua aplicação”²⁴⁵.

Já os princípios, ao serem definidos como *normas de otimização*, que são significados diante de caos concretos, e em face das possibilidades jurídicas, não possuem parâmetros prévios de aplicação. Assim, diante de conflitos que podem ocorrer entre princípios, frente um caso concreto, faz-se necessário analisar a situação fática por intermédio de um sopesamento entre os valores colidentes.

Acontece que, apenas um dos princípios poderá ser aplicado ao caso concreto, de sorte que o outro terá que ceder, mediante a realização da

²⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149/150..

²⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ªd. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 279.

²⁴⁵ LIMA, 2014, op. cit., p. 40.

ponderação ou *sopesamento*, sem que, com isso, aquele que foi afastado para a prevalência do outro deva ser declarado inválido. Ele permanece, portanto, em conformidade com o sistema, sendo afastado momentaneamente para a aplicação daquele que melhor atende às vicissitudes do caso concreto.

Caso a situação fática que determinou a incidência de um princípio em detrimento de outro, que com ele colidia, seja alterada, como a norma afastada não foi declarada inválida, ela poderá, então, ter aplicabilidade, invertendo-se a solução. Isso, todavia, somente poderá ser medido no caso concreto. A questão, assim, é definir qual princípio terá prevalência diante de uma circunstância problemática real, considerando que abstratamente não há diferença entre eles.

A não aplicação de um princípio, desse modo, está atrelada à necessidade de aplicação de outro princípio, não se processa a questão, portanto, no plano da validade das normas.

“Além da fixação desse importante ônus argumentativo, que exige que a não realização de um princípio deva ser justificada pela realização de outro princípio que tenha mais importância diante das circunstâncias do caso concreto, a forma de aplicação dos princípios impõe outro parâmetro de controle de argumentação, com estrutura similar àquele decorrente da estrutura das regras. Ele é determinado pela *chamada lei da colisão* (...).”²⁴⁶

A chamada *lei da colisão*, é definida pelo próprio Robert Alexy nos seguintes termos: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”²⁴⁷.

A aplicação desse procedimento de interpretação/aplicação de princípios, “leva à criação de parâmetros que possibilitam o controle argumentativo de decisões a serem tomadas em casos semelhantes àquele em que o sopesamento foi realizado”²⁴⁸.

Críticas, porém, como já foi antecipado, foram formuladas, também aqui no Brasil, ao modelo alexyano, contestando por exemplo o problema da colisão,

²⁴⁶ LIMA, 2014, op. cit., p. 42.

²⁴⁷ ALEXY, 2008, op. cit., p. 99.

²⁴⁸ LIMA, 2014, op. cit., p. 43.

uma vez que “a tensão entre regras²⁴⁹ é própria do sistema jurídico. Sempre, desde sempre, tendo sido assim. O que torna complexa a compreensão dessa circunstância é o fato de o pensamento tradicional ensinar que o direito é dotado de uma universalidade plena”²⁵⁰, que por sua vez exclui a possibilidade de exceções.

As exceções decorrem, justamente do fato da interpretação/aplicação ser operada caso a caso, inserindo-se, assim, no denominado “mundo da vida”, na realidade. Reputa, assim, Eros Grau, que o problema da “distinção” entre regras e princípios também está no plano da interpretação, contudo questiona a discricionariedade do modelo de Robert Alexy, consoante será desenvolvido no Capítulo 2 (item 2.2), desta tese.

Outro crítico do modelo alexyano é Marcelo Neves, que adverte ser o modelo proposto pelo autor alemão *contrafactual*, e não empírico, uma vez que “aponta para um dever-ser ideal”²⁵¹, que, portanto, transita em um plano transcendente, metafísico, afastando-se das necessidades e vicissitudes do plano da realidade.

“(…) em uma perspectiva contrafactual, o modelo de otimização deixa a desejar, porque passa por cima do fato de se tratar de uma sociedade complexa, com diversos pontos de observação conforme a esfera social de que se parta (economia, ciência, técnica, política, direito, saúde, religião, arte, esporte, família, etc.), e de um sistema jurídico que traduz internamente, conforme seus próprios critérios, essa pluralidade de ângulos. (...) Mas a colisão entre princípios baseia-se na concorrência entre diversas esferas sociais, que, por sua vez, resulta na concorrência entre diferentes direitos fundamentais e interesses coletivos amparados por normas constitucionais. O processo de articulação entre os princípios e regras constitucionais inclui a prática da ponderação, mas esta ocorre no contexto de um processo social e jurídico complexo, que se dirige a assegurar paradoxalmente a consistência jurídica e a adequação social do direito, mas não serve para garantir, nem mesmo em perspectiva contrafactual, o resultado ótimo que decorreria de um modelo fundado em uma escolha racional do sujeito (ideal) da ponderação.”²⁵²

²⁴⁹ Eros Grau considera que princípios são regras, e afirma que: “O que caracteriza os *princípios* como espécie de *regra* é (i) o seu grau de generalidade – isto é, seu caráter mais amplo e largo de generalidade – e (ii) certa proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Ainda assim, contudo, os princípios são regras de direito. Essa maior proximidade aos valores não lhes retira o caráter de regra.” (GRAU, 2014, op. cit., p.113.)

²⁵⁰ Idem. Ibidem, loc. cit..

²⁵¹ NEVES, 2013, op. cit., p.82.

²⁵² Idem. Ibidem, p. 83.

Assim, embora o sistema jurídico continue a ser operado a partir de um código binário (*lícito/ilícito*), não se pode desconsiderar a pluralidade de critérios que decorrem da *complexidade social* (em sentido amplo), que invariavelmente entrarão em conflito, estabelecendo uma tensão que demandará solução jurídica.

Para a operação desse código binário, por sua vez, será formada uma rede complexa de argumentos, articulados aos mais diversos critérios que serão utilizados para formulação de uma solução jurídica. Saliente-se que, “nesse processo argumentativo, o cotejo entre critérios que se apresentam como apropriados para a tomada de decisão é recorrente, implicando inclusive a ponderação entre normas eventualmente colidentes”²⁵³.

Sintetiza-se, com base nos argumentos apresentados, portanto, que “a binariedade do direito está associada a uma postura seletiva em relação aos diversos critérios normativos invocados para a solução de um caso, comportando o sopesamento de princípios, que, porém, não se destina nem é apropriado a levar à otimização destes”²⁵⁴.

Sobre a forma de interpretação sustentada pela teoria fundada no modelo alexyano, Marcelo Neves adverte que:

“Ponderação e subsunção ocorrem dentro de processos complexos de comunicação. O que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação (como produção de texto) é incontrolável tanto na subsunção quanto na ponderação. O que é controlável social e juridicamente é o comunicado. A alternativa, controle intersubjetivo, nesse contexto, não diz nada. O modelo da intersubjetividade tem se apresentado antes como uma alternativa à pretensão de legitimação monológica de um juiz como sujeito (ideal) capaz de decidir corretamente a partir de uma posição privilegiada de observação. Em todo caso, tem que haver decisão como comunicação suscetível de crítica. (...) o recurso a essa alternativa desconhece o significado de conexões comunicacionais complexas, marcadas tanto pela pluralidade sistêmica de pontos de observação quanto pela dupla contingência de qualquer episódio de comunicação.”²⁵⁵

Marcelo Neves, não se limita, porém, a apenas criticar o modelo de Robert Alexy, ele enfrenta a questão e apresenta a sua proposta de distinção

²⁵³ NEVES, 2013, op. cit., p. 88.

²⁵⁴ Idem. Ibidem, loc. cit..

²⁵⁵ Idem. Ibidem, p. 179/180.

entre *regras* e *princípios*, dentro da perspectiva de seu principal referencial teórico, a *teoria sistêmica*. Assim, considera que:

“A distinção entre princípios e regras poderia ser apresentada como uma diferença no sentido estrito da teoria sistêmica, ou seja, uma “forma-de-dois-lados”, como sistema/ambiente, igual/desigual, validade/invalidade, lícito/ilícito. Assim sendo, ou algo seria formalmente um princípio ou uma regra. Mas a diferença entre princípio e regra é construída e operacionalizada mediante dois conceitos de conteúdo, não sendo propriamente uma forma-de-dois-lados. Mais adequado é admitir que se trata aproximativamente de conceitos típico-ideal nos termos da tradição weberiana.”²⁵⁶

Esses *tipos ideais*, porém, *a priori*, não têm como função orientar expectativas cognitivas, mas sim *estabilizar expectativas normativas*, assim, são destinados “à ordenação seletiva de disposições e enunciados normativos, (...) impõe-se tanto ao teórico ou doutrinador quanto ao intérprete-aplicador do direito, especialmente em caso de controvérsias sobre o padrão a ser seguido, estruturar o material normativo”²⁵⁷.

Defende, ainda, que a relação entre *princípios* e *regras* se constrói de forma circular, e não hierarquicamente de forma linear, como se sustentava na teoria das normas. Essa relação circular é percebida:

“Com base no pressuposto de que a distinção entre princípios e regras constitucionais é uma diferença interna do sistema jurídico, configurando duas categorias jurídico-dogmáticas, pode-se observar que regras são normas (gerais) de primeiro grau, estando no plano de observação da primeira ordem em relação ao caso a ser decidido e à norma de decisão. Aqui não se trata de observação de primeira e segunda ordem na dimensão dos elementos (comunicações), de que tratei quando considerei a argumentação jurídica como observação de segunda ordem em face da observância cotidiana e a aplicação burocrática rotineira do direito. A questão diz respeito à observação de primeira e segunda ordem no nível das estruturas (expectativas). As regras condensam expectativas normativas que se dirigem imediatamente à solução do caso.”²⁵⁸

Mesmo sem desconhecer que o sistema jurídico é instável e contingente, o que dificulta, portanto, a busca por equilíbrio, diante da contínua necessidade de abertura para outras possibilidades, a depender da mudança de situação fática, é preciso definir critérios para a redução de riscos (não-surpresa, como corolário da

²⁵⁶ Idem. Ibidem, p. 101.

²⁵⁷ NEVES, 2013, op. cit., p. 103.

²⁵⁸ Idem. Ibidem, p. 120.

segurança jurídica, consoante será desenvolvido no Capítulo 3). Conclui, Marcelo Neves, assim, que se deve perseguir “um equilíbrio entre os princípios e regras (...), para assegurar a consistência jurídico-conceitual e adequação social do direito”²⁵⁹.

Numa outra perspectiva, uma das críticas mais contundentes à teoria dos princípios é formulada por Carlos Ari Sundfeld²⁶⁰, que tem como argumento de partida a excessiva indeterminação normativa desta espécie, posto que “por convenção, chamamos de princípios textos que somos levados a entender como normativos mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contêm”²⁶¹.

Acerca desta indeterminação das construções principiológicas, segundo Sundfeld, deve-se, principalmente, “a falta de consenso e de apoio político para textos mais exatos”, de sorte que isso permite uma espécie de *jogo de poder* ao redor desta espécie normativa, uma vez que:

“Quem tem influência e poder consolidados consegue obter do legislador regras mais precisas para realizar seus interesses. Já, os poderes em formação se valem da indeterminação normativa como uma arma na luta pela afirmação. Os preceitos da rica Petrobrás e dos frágeis quilombolas²⁶² mostram isso com lucidez: para a empresa, uma norma bem precisa; para os outros, palavras vagas.”²⁶³

Na tentativa de enfrentar esse problema, Carlos Ari Sundfeld propõe que o juiz suporte dois ônus: da *competência* e do *regulador*. O ônus da competência impõe ao julgador, para construir as soluções dos casos concretos, a partir dos princípios, que fundamente em “*elementos especiais de ordem institucional, (...) e*

²⁵⁹ Idem. Ibidem, p. 226.

²⁶⁰ O autor titula o capítulo 8 de seu livro da seguinte forma: *Princípio é preguiça?* Enuncia ele neste capítulo que os princípios se tornaram armas de espertos e preguiçosos, diante da sua excessiva indeterminação, podendo ser utilizado tanto para esconder o interesse dos oportunistas espertos, ou como uma arma escapatória daqueles que não querem ter trabalho. Assim, afirma que: “Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esperteza fique oculta, por conseguirem iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios”. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215.)

²⁶¹ SUNDFELD, 2014, op. cit., p. 208.

²⁶² Nesse ponto o autor faz referência ao texto constitucional. Essa não é uma realidade absoluta, mas tão somente a ilação do autor. Veja-se, por exemplo, a controvérsia da interpretação que envolvia a criação de regra licitatória simplificada para a Petrobrás, na qualidade de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica (art. 173, §1º, III, da Constituição Federal de 1988), que tanto problema gerou, notadamente a partir da edição da Lei nº 9.478/1997, especificamente em seu art. 67.

²⁶³ SUNDFELD, 2014, op. cit., p. 214.

eles têm de ser identificados pela decisão”²⁶⁴. A simples relação de pertinência de um princípio ao caso concreto, porém, não é por si suficiente, “sendo indispensável formular de modo explícito a *regra geral* que vai se aplicar, *justificando-a* com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (*ônus do regulador*)”²⁶⁵.

Diante desses ônus, o juiz deverá adotar postura compatível com a tarefa de aplicar os princípios, cabendo-lhe:

“Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.”²⁶⁶

Por último, será apresentada a crítica ao modelo proposto por Robert Alexy fundada na *Hermenêutica* (filosófica), que teve como primeiro expoente o professor Lenio Luiz Streck, ao perceber que a distinção entre *regras* e *princípios* requer do intérprete “estar previamente de posse de um conceito *semântico* de norma que sirva de gênero para a determinação das espécies”²⁶⁷, o que ele contesta em sua construção teórica.

A norma é o produto da interpretação de um texto, alcançada, portanto, pela interpretação de uma regra que se materializa por intermédio de princípios, ou seja, “se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*”²⁶⁸.

Diante dessas premissas iniciais, então, Lenio Streck contesta a distinção entre *regras* e *princípios* proposta por Alexy, ao considerar que:

“(...) o jusfilósofo afirma um conceito de norma que é a priori e que leva até as regras e aos princípios o atributo da normatividade. Mas a norma, como já foi afirmado, reiteradamente, não existe sem a interpretação e a

²⁶⁴ SUNDFELD, 2014, op. cit., p. 206.

²⁶⁵ Idem. Ibidem, loc. cit..

²⁶⁶ Idem. Ibidem, p. 228/229.

²⁶⁷ STRECK, 2009, op. cit., p. 504.

²⁶⁸ Idem. Ibidem, loc. cit..

interpretação, por sua vez, não se faz sem um caso – hipotético ou real. Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma e, máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso. E como resolvemos os casos jurídicos? Resolvemos a partir de princípios e regras que determinarão a obrigação jurídica a ser cumprida pelas partes. Portanto, os princípios e regras são como que condições de possibilidade da normatividade e não o contrário (a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios).²⁶⁹

Não há como delimitar antecipadamente, *a priori*, o que é uma regra e o que é um princípio, pois isso implicaria na construção de um conceito apriorístico de norma, ao passo que “no fundo os princípios são normas e as normas são princípios, não há como determinar uma condição apodítica que especifique quando começa um e termina o outro”²⁷⁰, de sorte que a *norma* é um conceito interpretativo, e não semântico como tentou definir Alexy.

Outro ponto que a abordagem *Hermenêutica* enfrenta, diz respeito às considerações acerca da proximidade entre as propostas de Alexy e Dworkin²⁷¹, fundada na ideia de que:

“Se existe desarmonia entre as compreensões de Alexy e Dworkin, ela é sutil e parece ser apenas pertinente à ênfase maior empreendida pelo teórico americano no sentido de determinar o aspecto ético e o percurso para a sua caracterização nos princípios. Apontando seu conteúdo transcendente na positividade, as incursões de Dworkin no tocante ao entendimento dos princípios admitem-nos, todavia, irrefutavelmente como normas.”²⁷²

Essa percepção, todavia, não se sustenta, sob a perspectiva da abordagem *Hermenêutica*, uma vez que:

“(...) a reflexão que a hermenêutica exige quanto ao sentido das estruturas e ao pano de fundo ontológico – o que não é o mesmo que assumir pontos de partida metafísicos – proporciona distanciamento que não podem ser relevados, embora isso ocorra com frequência nas

²⁶⁹ Idem. Ibidem, loc. cit..

²⁷⁰ STRECK, 2009, op. cit., p. 505.

²⁷¹ “Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de Dworkin. Para ele – assim como para Dworkin -, a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual. (...) Embora (...) não seja possível construir uma teoria dos princípios que os coloque numa hierarquia estrita, pode-se estabelecer uma ordem frouxa entre eles, que permita a sua aplicação ponderada (de maneira que sirvam como *fundamento* para decisões jurídicas), e não o seu uso puramente arbitrário (como ocorreria se eles não passassem de um inventário de *topoi*).” (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da Argumentação Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 181/182.)

²⁷² FIGUEIREDO, Eduardo H. L.. **Crítica aos Princípios do Direito Moderno: História, sociedade e Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014, p. 215.

comparações superficiais que equiparam os critérios de distinção de princípios e regras adotados por Alexy e Dworkin.”²⁷³

Pautado nessa distinção, e fundado no pensamento originário de Ronald Dworkin, a crítica *Hermenêutica*²⁷⁴, desenvolvida em solo pátrio, funda-se na busca da *resposta correta*, pois:

“O Direito, como uma instituição, forneceria elementos para o reconhecimento de princípios. Com base em tais princípios, seria possível desenvolver um esforço argumentativo hábil para encontrar uma resposta consistente com a história-institucional do direito. Seria possível, assim, lançar-se na busca da resposta correta como uma atitude responsável. Essa responsabilidade poderia ser traduzida por um dever do intérprete em encontrar (trazer à linguagem) argumentos que sejam condizentes com a noção de integridade e coerência do sistema jurídico.”²⁷⁵

Partindo dessa premissa, da necessária busca de *respostas corretas*, fundado no pensamento dworkiano, e com o escopo declarado de enfrentar a diferença entre as espécies normativas (*regras e princípios*), Lenio Streck conclui que:

“A proposta de diferença – e não distinção/cisão – entre regras e princípios aqui defendida parte da descoberta, que tem raízes na teoria integrativa dworkiana, do caráter unificador dos princípios: eles são o marco de institucionalização da autonomia do direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para a concretização do direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada. A resposta adequada/correta está diretamente ligada aos princípios. Nas regras não existe uma “força de capilarização”. As regras constituem modalidades objetivas de soluções de conflitos. Elas “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento de legitimidade. O problema da resposta adequada/correta, neste caso, só é resolvido na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso.”²⁷⁶

²⁷³ CARNEIRO, 2011, op. cit., p. 227.

²⁷⁴ “(...) a compatibilidade identificada na postura hermenêutica fincada em autores como Heidegger e Gadamer, com as ideias do jurista norte-americano Ronald Dworkin, permite que se construa uma crítica ao modelo teórico alexyniano, mas não somente a ele, como também, à forma como a sua teoria foi recepcionada pelo direito brasileiro.” (MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 196.)

²⁷⁵ Idem. Ibidem, p. 194/195.

²⁷⁶ STRECK, 2009, op. cit., p. 517.

Evidencia-se, assim, que o papel dos princípios não é resolver diretamente o caso concreto, mas *legitimar* a solução, cabendo-lhes, também, a função de romper com os raciocínios dedutivos e indutivos, ao passo que “a regra torna-se, assim, porosa, porque atravessada pela *ontologicidade* dos princípios”²⁷⁷.

A aplicação casuística implicará que, em respeito à integridade e coerência do sistema, o conhecimento de uma nova situação problemática deverá ser comparado com as decisões anteriores, pois, insiste-se, somente na facticidade dos casos é que será possível *produzir* as normas, mas para isso será preciso que o intérprete conheça o *modo-de-ser-do-Direito*, naquele caso, uma vez que:

“Somente porque o jurista possui precompreensões forjadas na historicidade institucionalizada do Direito é que o significado de Constituição, Lei, Jurisprudência e Doutrina são compreendidos. E além: como devem ser interpretadas. Nada mais parece do que saber como “as coisas do direito são”, o seu modo-de-ser, a sua historicidade. O constante confronto com esse sentido das “coisas do Direito” institucionalizadas forneceriam ao intérprete o vetor de racionalidade hermenêutico hábil para assumir posturas sobre a (in)correção das decisões judiciais.”²⁷⁸

Esse modelo *crítico hermenêutico* é o adotado para desenvolvimento dos demais fundamentos da presente tese, sem, contudo, descartar as contribuições do Professor Marcelo Neves, principalmente no tocante ao enfoque sistêmico entabulado na sua proposta teórica para distinção entre *princípios* e *regras*.

Destaca-se, assim, portanto, que “os aspectos segundo os quais pensar enquanto sistema e pensar problema não constituem atividades excludentes, a harmonização enriquece ainda mais o sistema assim concebido, viabilizando maior trânsito”²⁷⁹, diante da configuração complexa do direito hodierno. De sorte que:

“(…) até os mais adeptos da ideia do direito como sistema são os primeiros a reconhecer que no estágio atual da ciência jurídica, o direito se apresenta como um ordenamento formado não só de normas mas também de valores e princípios jurídicos, produto da relação dialética entre a intenção sistemática, exigida pelo postulado da ordem, e a

²⁷⁷ Idem. Ibidem, loc. cit..

²⁷⁸ MORAIS, 2016, op. cit., p. 201.

²⁷⁹ FIGUEIREDO, 2014, op. cit., p. 195/196.

experiência problemática, imposta pela realidade social. O sistema passa a configurar-se assim como “ordem axiológica ou tecnológica de princípios gerais”, “uma entidade aberta e dinâmica que continuamente se enriquece e constitui”. Não mais um ‘sistema fechado’, representado pela ideia de codificação, mas ‘sistema aberto’ incompleto e móvel nos seus valores fundamentais.”²⁸⁰

Sedimentada a posição acerca da distinção entre *regras* e *princípios*, e firmada a definição norteadora da pesquisa, será enfrentado, doravante, outro problema já suscitado nesse tópico, qual seja: o problema da discricionariedade na interpretação dos princípios; o que requer a abertura de item específico para discutir tão complexo problema.

2.3 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE NA INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

O problema da discricionariedade²⁸¹ está ligado, em verdade, ao exercício de um *livre-arbítrio* por parte do intérprete na aplicação do direito, ou seja, o que tem ocorrido é uma *arbitrariedade*²⁸² dos aplicadores, valendo-se da espécie normativa *princípio* para tal prática, consoante já foi suscitado nas discussões anteriores. Será necessário aprofundar o tema, pois:

A adoção do modelo de ponderação, proposto por Robert Alexy, e bem recepcionado no Brasil, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, compactua com essa *arbitrariedade*, uma vez que o autor alemão sustenta que “a lei do sopesamento tem que ser compatível com um grau suficiente de discricionariedade”²⁸³.

É possível afirmar que: “no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade

²⁸⁰ AMARAL, Francisco. **Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro**. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 237.

²⁸¹ “O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. (...) Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições.” (DWORKIN, 2002, op. cit., p. 50/51.)

²⁸² “O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.” (SUNDFELD, 2014, op. cit., p. 206.)

²⁸³ ALEXY, 2008, op. cit., p. 599.

judicial”²⁸⁴. O resultado desse processo é a *incerteza jurídica*²⁸⁵ e a consequente necessidade de superação da *ponderação*²⁸⁶.

“A ponderação entre princípios (...) apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele há de ser aplicada. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre *indiferentes jurídicos*, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de *juízos de legalidade*. (...) a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro deles, escapando ao âmbito dos *juízos de legalidade*.”²⁸⁷

O julgador na aplicação da ponderação pode exercer dois juízos de valor. Em um primeiro, ele determina a hierarquia axiológica entre os princípios colidentes. Em um segundo, ele pode determinar a alteração dos valores atribuídos inicialmente, e, assim, alterar o peso anteriormente atribuído. Assim,

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro.** In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 350.

²⁸⁵ “(...) inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente. (...) A opção por um ou por outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou, atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões – em uma espécie de ‘voo cego’ (...), porque se transformam esses juízes em instrumentos dos detentores do poder. Trata-se sempre, não obstante, de escolhas submetidas a reflexões dramáticas.” (GRAU, 2014, op. cit., P. 117/118.)

²⁸⁶ “(...) Deturpado aqui se faz o conceito de direito aos olhos de R. Alexy e sua escola, não apenas pelo condão a-histórico que carrega em sua bagagem ao partir da chamada tradição analítica alemã, mas porque, partindo dela, seu conceito de direito é revestido de um trabalho lógico-formal cego, que nunca existiu na tradição do século XIX. Visando sustentar sua própria criação, a teoria dos princípios acabou por criar também suas próprias respostas em torno do desenvolvimento do direito. Um caminho que se estende não só dentre os campos da teoria da argumentação e da teoria dos direitos fundamentais, como também à teoria do direito como um todo. A criação do espantalho pela teoria dos princípios também explica em grande parte sua desorientação em sede dogmática. Visualizado o espantalho, não há mais que temê-lo, ou, em outras palavras, se o espantalho perde sua função, precisamos procurar por substitutos condizentes com uma sociedade complexa. Fenômenos como a avançada fragmentação do conhecimento social e movimentos de transnacionalização do direito são exemplos cotidianos de quão corriqueiras são as perdas das fronteiras ditas, até então, como seguras pelo direito. É chegada a hora de pensar o direito sob a ótica de novas teorias que não maculados por figuras deturpadas e deturpantes. Pois que cada caminho guarda em si um ponto de partida. A consistência deste caminho, se planos reais ou palhas quebradiças, dependerá sempre se estamos partindo de teorias ou espantalhos.” (LADEUR, Karl-Heinz e CAMPOS, Ricardo. **Entre Teorias e Espantalhos – Deturpações Constitutivas na Teoria dos Princípios e Novas Abordagens.** . In CAMPOS, Ricardo. **Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Social.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123.)

²⁸⁷ GRAU, 2014, op. cit., p. 115.

fica “evidente que a ponderação implica no exercício de um duplo poder discricionário por parte do juiz”²⁸⁸. Em ambos casos é uma *opção* do intérprete.

Impossível não perceber, porém, que “parece extremamente difícil – e provavelmente impossível – fixar critérios para definir-se onde termina o trabalho de interpretação e começa a discricionariedade do aplicador do Direito”²⁸⁹. Assim, é preciso ressaltar, em relação à acusação de discricionariedade do julgador, que:

“(…) a interpretação/aplicação de termos legais em relação a fatos não pode ser explicada como um processo “cognitivo” plenamente acessível à comunicação intersubjetiva, visto que quase sempre envolve, também, momentos decisionistas de seleção pessoal. A densidade do quadro normativo formado pelos conceitos do Direito é altamente variável. Para produzir uma decisão jurídica num caso concreto, deverá haver, necessariamente, a convergência de elementos de cognição e volição.”²⁹⁰

A questão, todavia, persiste, como enfrentar a discricionariedade do intérprete diante da aplicação de princípios? Inicialmente, para responder à pergunta, deve-se observar que “a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação)”²⁹¹.

A *crítica hermenêutica* especifica que para chegar a esse resultado, é preciso, *a priori*, considerar a “assunção de princípios como reconstruções de padrões histórico-institucionais da estrutura jurídica da comunidade direcionada a um descarte da possibilidade do exercício de um poder discricionário”²⁹².

“(…) o exercício da jurisdição (...) é uma questão de princípios (e não de interesses), os quais expressam uma moralidade pública, aquele que exerce a jurisdição, ao interpretar tais princípios, o faz de maneira não arbitrária, isto é, não são seus gostos ou preferências que importam. A

²⁸⁸ “Es, entonces, evidente que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez (...)” (GUASTINI, Ricardo. **Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 91.)

²⁸⁹ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

²⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 46.

²⁹¹ STRECK, 2009, op. cit., p.171.

²⁹² MORAIS, 2016, op. cit., p. 192.

interpretação deve, pois, ser consistente e coerente com a história (institucional) da comunidade a que pertence o intérprete.”²⁹³

O intérprete não pode escolher arbitrariamente os princípios, portanto, pois isso significaria que “a discricionariedade continua no solipsismo inerente à disposição dos entes sopesados como produto da consciência do julgador”²⁹⁴, mantendo, assim, vivo o paradigma da *filosofia da consciência*.

Deve-se, portanto, trabalhar um modelo hermenêutico que proporcione a busca por *respostas corretas*, que, em primeiro lugar, somente podem ser construídas diante do caso concreto, transcendendo do texto normativo para a realidade. A ideia de *resposta correta*, aqui sustentada, surge de uma fusão entre a teoria dworkiana e a fenomenologia hermenêutica, constituindo uma metáfora, na qual “nem é a única e nem uma entre várias – já sempre opera implícita ou explicitamente com uma pré-compreensão que pode ser mostrada como sendo a condição de possibilidade da correção”²⁹⁵.

“Portanto, trata-se de afirmar que a resposta correta aqui trabalhada traduz uma resposta verdadeira, no sentido hermenêutico, em que, fenomenologicamente, descrevemos as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, garças à abertura ou ao encobrimento próprio da existência. Os conceitos jurídicos (enunciados linguísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa ‘explicitação’, que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal (...). Em outras palavras, a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamentas, do que significa justificar.”²⁹⁶

Em suma, falar de *resposta correta* é “dizer que não obstante à ambiguidade das entificações que tentam delimitar o sistema (plurivocidade do texto), há uma dimensão moral-prática acessível a partir de uma imersão linguística que, uma vez considerada, deve servir de referencial para a legitimação das decisões”²⁹⁷.

²⁹³ CHUEIRI, Vera Karan. **A Constituição Brasileira de 1988: Entre Constitucionalismo e Democracia.** In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – n. 6 – 20 Anos de Constitucionalismo Democrático: E Agora?* Porto Alegre: IHJ, 2008, p. 424/425.

²⁹⁴ MORAIS, 2016, op. cit., p. 250.

²⁹⁵ STRECK, 2009, op. cit., p. 410.

²⁹⁶ Idem. Ibidem, loc. cit..

²⁹⁷ CARNEIRO, 2011, op. cit., p. 272.

Não se trata apenas de combater a discricionariedade ou de produzir respostas corretas, diga-se, mas, precisamente, do “problema de como controlar a contingência mediante decisões juridicamente consistentes e complexamente adequadas à sociedade, implicando um permanente paradoxo na busca da justiça do sistema jurídico”²⁹⁸, pois “o excesso de poderes sem controle ressuscita o problema do arbítrio, da imprevisibilidade do direito e da demarcação pouco clara entre direito e não direito”²⁹⁹.

Com isso, busca-se conferir ao sistema jurídico *coerência*³⁰⁰ e *integridade*. A primeira é alcançada quando “um juiz na iminência de decidir determinado caso (...) deve recorrer àquilo que já foi produzido, para que a sua decisão guarde coerência ao sistema jurídico como um todo”³⁰¹. O julgador deve conhecer a *prática* na qual se insere, pois, ao fazer parte dela poderá manter o encadeamento coerente do sistema. A mudança de sentido daquilo que foi produzido anteriormente requer o *diálogo*, mediante análise e justificação da necessidade de mudança.

A integridade, por sua vez, na concepção de Ronald Dworkin, requer que os juízes considerem que:

“(...) o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Este estilo de deliberação judicial respeita a ambição de ser uma comunidade de princípios.”³⁰²

O direito como *integridade*, portanto, impõe que o “juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas

²⁹⁸ NEVES, 2013, op. cit., p. 58.

²⁹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

³⁰⁰ “A imensa maioria dos autores cujas obras constituem o atual cânone da teoria do direito e da argumentação jurídica concorda em afirmar o valor da coerência. Neil MacCormick, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Alexander Peczenick, entre muitos outros, estão de acordo quanto a isso.” (MICHELON, Cláudio. **Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica**. In MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278.)

³⁰¹ MORAIS, 2016, op. cit., p. 194.

³⁰² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 291.

de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”³⁰³.

O problema da discricionariedade será retomado no Capítulo 3 (itens 3.2 e 3.3), ao inserir o debate no plano da teoria da argumentação, de sorte que o objetivo aqui não foi verticalizar na discussão, mas tão somente apresenta-la e delimitar os seus principais elementos, além de firmar conceitos primordiais para o entendimento da tese, para posteriormente aprofundar os pontos aqui apresentados, como, por exemplo, a discricionariedade e a busca pelas respostas corretas que serão retomadas.

2.4 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: MORALIDADE E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Duas são as discussões que serão aqui desenvolvidas: a delimitação dos princípios da Administração Pública e a noção de princípio da moralidade. A necessidade de desenvolvimento destes dois pontos decorre de dois fundamentos.

O primeiro está correlacionado à própria normatização prevista pelo *caput*, do art. 11, da lei nº 8.429/1992, uma vez que constitui ilícito de improbidade administrativa a violação dos princípios da Administração Pública, o que torna fundamental definir quais são esses princípios.

A segunda questão, por sua vez, relaciona-se a definição do conteúdo do *princípio da moralidade*, pois a própria essência da caracterização da *improbidade administrativa* está associada à violação da moralidade administrativa, de sorte que se torna imprescindível a compreensão dessa relação.

Por uma questão didática, serão estudadas de forma separada as duas questões, na respectiva sequência em que foram apresentadas nestas notas preambulares.

2.4.1 Princípios da Administração pública

A Administração Pública brasileira é construída, normativamente, a partir de um arcabouço principiológico. Defende a doutrina majoritária que o estudo do direito administrativo é condicionado pelo exame da “fisionomia destes princípios

³⁰³ Idem. Ibidem, p. 294.

(componentes do regime jurídico-administrativo) no Direito brasileiro, indicando suas raízes constitucionais expressas ou implícitas³⁰⁴. O encaminhamento que se imprime no Brasil, principalmente a partir da segunda metade da década de 90, do século passado, “direciona para uma concepção de vinculação da atuação da Administração Pública `ordem principiológica constitucional como um todo”³⁰⁵.

O Direito Administrativo, a partir da incorporação dessa concepção, sustenta que “o controle sistemático das relações administrativas, inspirado e norteado por princípios (...), reclama, sem agredir a tradição e sem olvidar a lição dos clássicos, uma nova atitude interpretativa”³⁰⁶, que, por óbvio, é pautada por estes princípios.

Esse novo quadro faz com que a doutrina empreenda esforços na tentativa de classificação e definição dos princípios da Administração Pública, surgindo uma miríade de propostas³⁰⁷, o que ao invés de cientificamente

³⁰⁴ MELLO, 2007, op. cit., p. 92.

³⁰⁵ CAMPOS, Luiza Ferreira e JUST, Gustavo. **Transformações do Discurso Administrativista: A assimilação das formas argumentativas “pós-positivistas” e as tentativas de redefinição de institutos-chave do Direito Administrativo.** In MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: Transformações e Tendências.** São Paulo: Almedina, 2014, p. 99.

³⁰⁶ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos administrativos e os Princípios Fundamentais.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.52.

³⁰⁷ Apenas a título ilustrativo, seguem algumas: “Para a apresentação que se segue dos princípios jurídicos relevantes para o Direito Administrativo, adota-se classificação mista, em que são considerados dois critérios combinados: a disposição constitucional e a abrangência de conteúdo; identificam-se, assim, cinco categorias de princípios que apresentam maior importância tanto teórica como aplicativa e, por isso, uma particular incidência sobre a Disciplina: os princípios fundamentais, os princípios gerais do direito, os princípios do direito público, os princípios gerais do direito administrativo e os princípios setoriais de direito administrativo.” (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. **Curso de Direito Administrativo.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.201.)

“Não são unânimes os autores quanto a tais princípios, muitos deles originados de enfoques peculiares à Administração Pública e vistos pelos estudiosos como de maior relevância. Por ter a Constituição Federal enunciado alguns princípios básicos para a Administração, vamos considerá-los expressos para distingui-los daqueles outros que, não o sendo, são aceitos pelos publicistas, e que denominaremos de reconhecidos.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.19.)

“Podemos falar em princípios gerais do Direito Administrativo como os que são aplicáveis a todos os seus capítulos (ex.: o princípio da legalidade, que se aplica a todas as atividades administrativas) e princípios setoriais, vale dizer, princípios cuja incidência só se dá em uma ou outra matéria (exemplo: o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual a Administração Pública não pode, numa licitação, deixar de cumprir as normas que pôs no edital, é, naturalmente, um princípio que se aplica só nas licitações). Por outra classificação, de acordo com a hierarquia da sede do princípio, há os princípios de Direito Administrativo constantes da Constituição, alguns deles explícitos, outros implícitos; e os princípios de Direito Administrativo de origem infraconstitucional, legal ou, eventualmente, até mesmo regulamentar.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 57.)

demonstrar a sistematização, ao contrário, estabelece uma grande complexidade na compreensão da matéria, diante da distinção entre as classificações.

Algumas classificações, por exemplo, partem da hierarquização dos princípios, estabelecendo *hiperprincípios*, a partir de uma avaliação completamente subjetivista, de sorte que:

“O problema com a doutrina dos hiperprincípios é que, de tão pretenciosos, de tão amplos, de tão vagos, tão genéricos, não há como submetê-los ao teste de ajustamento ao direito positivo. A forma e o tamanho desses princípios, hiperbólicos, não se ajustam à do tomógrafo do direito positivo, que é feito de outra lógica. Por isso, esses hiperprincípios nunca se submetem a tomografia alguma, e ninguém nunca vê que estão doentes.”³⁰⁸

Embora, em determinada medida, exagerada, a denúncia de Carlos Ari Sundfeld parte de uma tentativa que cada autor tem de *deixar o seu nome registrado com a classificação perfeita*, sem uma avaliação clara, do ponto de vista científico, a partir de uma perspectiva analítica, da funcionalidade da sistematização proposta. É um trabalho do *ego*, que esquece, na maioria das vezes, o sentido do *alter*. Nesse sentido, a resposta do autor transcrito encontra seu *porto seguro* no direito positivo.

Assim, os princípios da Administração Pública devem estar prescritos pelo direito positivo. É na positivação do direito, portanto, que serão encontrados os princípios da Administração Pública. Nega-se, deste modo, a possibilidade, *verbi gratia*, da existência de *princípios implícitos*, que são *percebidos por alguns (ego)* implicitamente dentro do sistema, mas não são percebidos por *outros (alter)*. São desprovidos de segurança, devido ao seu subjetivismo.

“Outra classificação que merece ser destacada é aquela que leva em consideração a menção expressa ou implícita dos princípios nos textos normativos. Sob essa perspectiva, os princípios podem ser divididos em:

a) Princípios expressos: são aqueles expressamente mencionados no texto da norma. Ex.: os princípios da Administração Pública, citados no art. 37 da CRFB (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

b) Princípios implícitos: são os princípios reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Ex.: princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, princípio da segurança jurídica.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 46.)

Esta última classificação também é adotada na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. (MELLO, 2007, op. cit., p. 92.)

³⁰⁸ SUNDFELD, 2014, op. cit., p. 202.

Existem, dessa forma, quatro categorias de princípios da Administração Pública: 1) os princípios do Estado de Direito; 2) os princípios expressos da Administração Pública; 3) os princípios derivados de direitos fundamentais; e 4) os princípios legais. Explicar-se-á cada um deles, de forma meramente exemplificativa.

Os princípios do Estado de Direito são aqueles que são direcionados ao Estado Brasileiro de forma geral, como por exemplo: o princípio *republicano*. Deste princípio, inclusive, deriva a ideia de *supremacia do interesse público*, pois em um Estado republicano a *res publica* (coisa pública) deve preceder os demais interesses. É o que justifica, por exemplo o balanceamento entre a propriedade privada e a sua função social (interesse público), capitulada na Constituição Federal de 1988 nos arts. 5º (XXII e XXIII) e 170 (II e III).

Importante, por exemplo identificar os fins (*teleologicamente*) do Estado brasileiro definidos pelo art. 3º³⁰⁹, da Carta Política de 1988, que determinam as diretrizes de toda ação estatal, logo impõem, também, as finalidades da ação da Administração Pública, que deve ser coordenada por estas normas de natureza teleológicas. Da mesma forma, os princípios insculpidos no art. 1º³¹⁰, da Lei maior, ao definirem os fundamentos do Estado de Direito.

Os princípios expressos, por sua vez, são aqueles direcionados especificamente para a Administração Pública na Constituição Federal, que estão prescritos, *a priori*, no *caput*, do art. 37, e são: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

São os cinco pontos cardeais da Administração Pública pátria, os cinco valores que permeiam toda ação dos gestores públicos no Brasil. Qualquer ato

³⁰⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação.

³¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

praticado em dissonância com estes princípios expressos está inquinado a não produzir efeitos jurídicos³¹¹.

Estes são, aprioristicamente, portanto, os princípios expressos na Constituição Federal de 1988 para a Administração Pública. Reconhece-se, todavia, a existência de outros princípios específicos, direcionados também para a esfera administrativa do Estado, como, por exemplo, o princípio da igualdade nas licitações, decorrentes da exegese do art. 37, XXI³¹², da Carta Política. Este princípio, ressalve-se, está expresso no texto constitucional.

O princípio da igualdade, inclusive, reaparece quando se defende a necessidade de concurso público para o provimento dos cargos da Administração Pública, no art. 37, II³¹³, da Constituição Federal de 1988. Não se trata de um *princípio implícito*, mas da conjugação de um valor (princípio) do Estado de Direito com uma regra, fruto, portanto, de uma interpretação sistemática³¹⁴.

A terceira espécie de princípios da Administração Pública, são aqueles que derivam dos direitos fundamentais³¹⁵. A sistematização e o influxo dos direitos fundamentais, interferindo na configuração do Estado democrático de direito e de suas instituições, “condicionando e influenciando os seus diversos

³¹¹ “O controle sistemático toma os *princípios e direitos fundamentais* como *diretrizes superiores às regras*, por definição, de sorte que não devem os agentes públicos prestar mero acatamento às normas contidas em regras, uma vez que têm o dever de não cumpri-las se manifestamente violadoras da juridicidade constitucional. As regras, por sua vez, operam como normas instrumentais para incrementar a efetividade sistemática das finalidades superiores incorporadas, sem unilateralismo, pela Constituição.” (FREITAS, 2009, op. cit., p. 49.)

³¹² Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública **que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo inautêntico)

³¹³ Art. 37. (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

³¹⁴ “No Direito Administrativo, a rigor, os princípios, objetivos e direitos fundamentais somente são compreensíveis por meio da boa interpretação sistemática.” (FREITAS, 2009, op. cit., p. 49.)

³¹⁵ “(...) num Estado de Direito, os direitos fundamentais operam como limite da ação estatal, como garantia dos fundamentos do ordenamento jurídico, (...) obrigam a proteger os conteúdos que garantem mediante procedimentos adequados. De igual maneira, o ordenamento democrático da Lei Fundamental busca sua configuração jurídica nos direitos fundamentais, (...). Dentro do ordenamento federal, os direitos fundamentais criam um *standard* constitucional unitário de direitos e princípios, que funda uma certa homogeneidade e que, com este efeito, pertence aos fundamentos de nosso federalismo atual.” (HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.)

institutos e estruturas, tem sido chamado de *constitucionalização do direito* ou *neoconstitucionalismo*³¹⁶. Nesse novo paradigma³¹⁷:

“(...) a despeito de suas diferentes fundamentações teóricas, há um certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam suas influências por todas as suas instituições políticas e jurídicas. Inclusive, e evidentemente, sobre a Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo.”³¹⁸

Nessa perspectiva, “todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais”³¹⁹, de sorte que a Administração Pública encontra limites principiológicos para sua atuação nos direitos fundamentais, expressão máxima do respeito à *dignidade humana*³²⁰. Assim:

“Os chamados ‘princípios do direito administrativo’ são normas jurídicas pertinentes ao direito administrativo, que apresentam uma função norteadora da produção normativa e do desenvolvimento das atividades administrativas concretas. Tais princípios não têm existência autônoma, mas são decorrência dos direitos fundamentais. (...) O regime de direito administrativo é produzido por princípios e por regras de direitos fundamentais.”³²¹

Os direitos fundamentais, cumprindo o papel de salvaguardar a dignidade humana, dessa forma, impõem limites a atuação da Administração Pública, determinando princípios que pautam valores que exigem respeito na consecução

³¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61.

³¹⁷ “O novo constitucionalismo (“neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo contemporâneo” ou “constitucionalismo avançado”) é caracterizado pela crescente aproximação entre o Direito e a moral,²⁶ especialmente a partir do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e da crescente valorização dos direitos fundamentais.” (OLIVEIRA, 2013, op. cit., p. 37.)

³¹⁸ Idem. Ibidem, p. 60/61.

³¹⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais**. In SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

³²⁰ “Toda a ordem constitucional se vincula à dignidade humana, que traduz a concepção de que o ser humano não é um instrumento, em qualquer dos sentidos que a palavra apresenta, mas sujeito de direitos. (...) O ser humano não pode ser subordinado ao tratamento reservado aos objetos. Ele é o protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de ‘fins últimos’ de outros seres humanos ou de uma coletividade. Não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida na sua integralidade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também os seus aspectos imateriais. (...) O Estado e outras organizações da sociedade civil são instrumentos para realizar a dignidade humana e os valores fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 2015, op. cit., p. 159.)

³²¹ Idem. Ibidem, p. 154.

das funções estatais. Como efeito, a “Administração Pública, por intermédio de seus órgãos, entidades ou delegatários, cumpre tanto a realização dos direitos fundamentais (...), como a consecução de objetivos de viés coletivo (decorrentes diretamente da Constituição (...))”³²².

Princípios decorrentes dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 como, por exemplo: isonomia (art. 5º, *caput*), legalidade (art. 5º, II), etc.; passam a estabelecer valores que pautam o agir da Administração Pública. Outros podem ser sistematicamente compreendidos como ínsitos em regras, como a vedação do enriquecimento ilícito do Estado, constante da regra protetiva do cidadão prevista no art. 5º, XXIV, que define os limites e critérios constitucionais para a efetivação da desapropriação.

Por último, os *princípios legais* da Administração Pública, que assim são nomeados por decorrerem diretamente da lei, da legalidade, uma vez que “as leis infraconstitucionais que regulam o processo administrativo também elencam outros princípios do Direito Administrativo”³²³.

Nesse particular é emblemático o art. 2º³²⁴, *caput*, da Lei nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal), que se entende com efeito amplo, portanto de aplicação *nacional*, com espeque no sistema de competências da Constituição Federal de 1988, consoante será explicado.

A Carta Política de 1988, define a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual (art. 22, I)³²⁵, e, simultaneamente, atribui à União, Estados e Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre matéria procedimental (art. 24, XI)³²⁶. Optou o constituinte por distinguir *processo* de *procedimento*³²⁷, atribuindo àquela matéria caráter geral, portanto normatização de nível nacional.

³²² BINENBOJM, 2008, op. cit., p. 76.

³²³ OLIVEIRA, 2013, op. cit., p. 46.

³²⁴ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

³²⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

³²⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI - procedimentos em matéria processual.

³²⁷ Há uma infundável disputa doutrinária na delimitação da utilização da expressão adequada, se *processo* ou *procedimento*, com posições de peso dos dois lados. Como esse debate foge

“A vantagem de se defender essa visão ampla do processo administrativo é trazer para todas as manifestações de desempenho da função administrativa importantes garantias para os administrados, encartadas, sobretudo, pela maior visibilidade na atuação estatal. (...) o processo engloba um *modus procedendi* pelo qual as funções do Estado são desempenhadas dentro de uma cadeia sequencial que assegure a presença do administrado no circuito ou *iter* formativo das decisões que irão afetá-lo.”³²⁸

Outro ponto de destaque na recepção da lei de processo de forma ampliada, decorre da positivação de princípios da Administração Pública pelo sistema jurídico, que eram vistos apenas de forma implícita (ou seja, de forma subjetivista e insegura), como por exemplo: finalidade, proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica e motivação. Fortalece a sua aplicabilidade e garantia.

Há quem defenda, porém, que isto é irrelevante, pois depende apenas da “preferência do estudioso, poderão ser eles tidos como princípios constitucionais implícitos ou infraconstitucionais (ou, ainda, legais, em senso estrito)”³²⁹.

Todos esses princípios, “em virtude de sua fundamentalidade e de sua abertura linguística,(...) se irradiam sobre todo o sistema jurídico, garantindo-lhe harmonia e coerência”, e, mais, definem a pauta de valores fundamentais que conduzirá as ações da Administração Pública.

Requerem, assim, máxima proteção do sistema jurídico, a sua violação representa ato de improbidade administrativa. A definição de ato improprio por violação de princípio é entendida a partir da ideia de que “a norma

completamente ao objeto da pesquisa, fixar-se-á uma definição que traduza a linha adotada, partindo da rejeição às principais críticas, qual seja: “Tampouco será a falta de ‘independência’ do órgão julgador situação jurídica que imponha o uso do termo ‘procedimento’. A ‘dependência’ (inserção numa mesma estrutura organizacional) apenas afasta a qualificação de ‘tribunais’ aos órgãos de julgamento na esfera administrativa. Não são tribunais em sentido estrito – estes, sim, independentes material e juridicamente. Porém, a ‘independência’ não faz parte do conteúdo da definição de ‘processo’, mas da definição de “órgão do poder judiciário” (tribunais ou juízes singulares). Reputando-se que o termo ‘processo’ não é de uso exclusivo do Poder Judiciário e que os órgãos administrativos devem ser autônomos (liberdade para poder analisar fatos e direito de acordo com a legislação), a questão está transposta.” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.)

A designação aqui adotada, então, é a de **processo**, em detrimento da expressão procedimento, pela sua amplitude, o que permite entender a sua aplicação em âmbito nacional.

³²⁸ NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24.

³²⁹ DALLARI, Adilson de Abreu e FERAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

comportamental poderá adequar-se de forma mais célere às constantes modificações das relações sociais, evitando que o emperramento normativo inviabilize ou comprometa o evoluer social”³³⁰, se ela for definida a partir de princípios. Como já foi advertido, e será desenvolvido adiante, o problema é a *insegurança*.

2.4.2 Princípio da Moralidade da Administração Pública e a Moralidade

Chega-se, assim, ao último ponto dessa discussão sobre princípios, na qual será discutida a proteção ao princípio da moralidade administrativa. Para iniciar a discussão apresentar-se-á uma definição preliminar de moral, que sustenta o seguinte:

“A moral é parte da vida concreta. Trata da prática real das pessoas que se expressam por costumes, hábitos e valores culturalmente estabelecidos. Uma pessoa é moral quando age em conformidade com os costumes e valores consagrados. Estes podem, eventualmente, ser questionados pela ética. Uma pessoa pode ser moral (segue os costumes até por conveniência) mas não necessariamente ética (obedece convicções e princípios).”³³¹

Constitui um conjunto de valores direcionados para a para a vida em coletividade, dessa forma a ideia de moral está, portanto, ligada ao coletivo, ao interesse público. Frise-se, porém, que a moral não se confunde com o Direito, pois como bem adverte Miguel Reale:

“A Moral, fundada na espontaneidade e insuscetível de coação, pode dispensar a rigorosa tipicidade de seus imperativos que, aliás, não devem, por sua natureza, se desdobrar em comandos casuísticos. O direito ao contrário, disciplinando e discriminando ‘classes de ações possíveis’, deve fazê-lo com rigor, numa ordenação a mais possível lúcida de categorias e modelos normativos (...)”³³²

É preciso advertir que essa distinção entre direito e moral não é simples, nem tampouco passível de posicionamento unânime, muitas são as controvérsias e posições acerca do tema. Tércio Sampaio Ferraz Jr., por exemplo, assevera que é preciso reconhecer certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos

³³⁰ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p.415.

³³¹ BOFF, Leonardo. *Ética e Moral: a busca de fundamentos*. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2003, p.37.

³³² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.709/710.

morais, pois “ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual”³³³, posicionando-se em oposição à essência do pensamento defendido por Miguel Reale.

Importante salientar que a concepção filosófica acerca do pensar o Direito influencia diretamente na posição assumida por este em relação a Moral. Para os jusnaturalistas, *verbi gratia*, a uma total confluência entre Direito e Moral, para os positivistas isso já não é verdade. Entre tantos, um dos pensamentos positivistas mais significativos é, sem dúvidas, o de Hans Kelsen, que defendia uma dissociação entre Direito e Moral, considerava, inclusive, esta última incapaz de conferir segurança às relações sociais, vez que os valores morais não poderiam ser tidos *a priori* como absolutos³³⁴, sendo, portanto, incapaz de diferenciar o justo do injusto³³⁵.

Hebert L. A. Hart, outro importante doutrinador do positivismo, por sua vez, já não se mostrava tão peremptório nessa distinção, e observava a proximidade entre as ordens jurídica e moral, em alguns pontos, notadamente quando “ambas compartilham um mesmo vocabulário, formado por termos como *obrigações, deveres e direitos*, apresentando-se a noção de *justiça* como um elo que as une”³³⁶. Todavia o autor em comentário adverte que:

“(...) os princípios de justiça não exaurem a ideia de moral; e nem toda a crítica do direito com fundamentos morais e feita em nome da justiça. Podem condenar-se leis como moralmente más pela simples razão de que exigem dos homens ações concretas que a moral proíbe os

³³³ FERRAZ JR., 2007, op. cit., p.370.

³³⁴ Posição essa não coadunada pelo pensamento kantiano, ao defender que: “Toda a gente tem de confessar que uma lei que tenha de valer moralmente, isto é, como fundamento de uma obrigação, tem de ser em si uma necessidade absoluta; que o mandamento “não deves mentir” não é válido somente para os homens, e que outros seres racionais se não teriam que se importar com ele, é assim todas as restantes leis propriamente morais; que, por conseguinte, o princípio da obrigação não se há de buscar aqui na natureza do homem ou nas circunstâncias do mundo em que o homem está posto, mas, sim, “a priori”, exclusivamente nos conceitos da razão pura; e que qualquer outro preceito baseado em princípios da simples experiência, e mesmo um preceito em certa medida universal, se ele se apoiar em princípios empíricos, num mínimo que seja, talvez apenas por um só móbil, poderá chamar-se na verdade uma regra prática, mas nunca uma lei moral.” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Porto: Porto, 1995, p.27)

³³⁵ KELSEN, 1991, op. cit., p. 69 e segs.

³³⁶ BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.35.

indivíduos de praticar, ou porque exigem que os homens se abstenham de praticar as que são moralmente obrigatórias.”³³⁷

Não há dúvidas que há uma relação entre Direito e Moral, polêmica e controversa, diante da multiplicidade de estudos e posições acerca da temática, todavia, minimamente, deve-se perceber que para um “sistema jurídico existir, deve haver um reconhecimento amplamente difundido, ainda que não necessariamente universal, de uma obrigação moral de obedecer o direito”³³⁸, mesmo que por vezes haja uma tendência de não aplicação da norma jurídica aos casos concretos, por considera-la em dissonância com uma obrigação moral entendida como mais forte.

Em oposição ao pensamento de Hart, Ronald Dworkin defende que para conceder sentido aos direitos e deveres decorrentes de uma ordem jurídica deve existir, minimamente de forma indiciária, algum fundamento moral para sustentar a sua existência e aplicação.³³⁹

O objetivo deste escrito, todavia, não é esgotar as possibilidades do debate entre o Direito e a Moral. Acontece que, com a redação do *caput*, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, a moralidade foi incorporada normativamente pela Carta Política. Historicamente a ideia de moralidade administrativa antecedia o próprio corpo de leis do Estado³⁴⁰, de sorte que a *lex legum* trouxe a matéria para dentro do seu texto (e também contexto).

Inova, assim, o texto da Constituição Federal de 1988, promovendo a defesa da moralidade administrativa, principiologicamente, “que resulta violada sempre que a ofensa à ordem jurídica estabelecida implicar ofensa a valores ou

³³⁷ HART, Herbert L. A.. **O Conceito de Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007, p.182.

³³⁸ Idem. Ibidem, p.171.

³³⁹ Deve-se advertir que essa é a interpretação extraída da defesa inicial das obras de Ronald Dworkin, entre elas **Levando os direitos a sério**. Há uma significativa mudança, porém, nas suas últimas obras, quando sustenta, por exemplo, que: “(...) a moral e os outros departamentos do valor são filosoficamente independentes. As respostas às grandes questões sobre a verdade e o conhecimento morais devem ser buscadas dentro desses departamentos, não fora deles. Uma teoria substantiva dos valores tem de incluir – e não receber de fora – uma teoria da verdade nos valores.” (DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.37)

³⁴⁰ Vide CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2010, p.147.

preceitos morais juridicizados, como os da lealdade, da boa-fé, da veracidade e outros mais”³⁴¹.

Para estabelecer o referencial do debate, seguindo o diapasão da introdução aqui desenvolvida, cita-se a seguinte definição de princípio da moralidade administrativa:

“Segundo tal princípio constitucional, estão vedadas condutas eticamente transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência ou leniência. Exige-se a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Não se confunde, está claro, a moralidade pública com o repulsivo moralismo, este último intolerante, imoral e não-universalizável, por definição. Decerto, o princípio determina que se trate a outrem do mesmo modo ético pelo qual se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso, honesto e leal. O “outro”, aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos sejam contemplados e controlados à base do dever de a Administração Pública observar, com pronunciado vigor e com a máxima objetividade possível, os referenciais valorativos da Constituição.

”³⁴²

Traduz-se assim a conjunção das ideias que permitem a recepção da moral enquanto princípio particular da Administração Pública e constrói-se um referencial para sua aplicação. Assume o referido princípio algumas funções, dentro dessa sua “nova” moldura Constitucional, quais sejam: a) função conformadora e a formação ético-profissional do agente público; b) função corretiva e a invalidação dos atos administrativos em contrariedade; e c) função repressiva e a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.³⁴³

A terceira função assume papel fundamental, uma vez que é a razão deste escrito. Objetiva proteger o princípio da moralidade a Lei de Improbidade Administrativa, que com o seu art. 11 “promove um autêntico retorno ao material de que se origina”³⁴⁴. Sobre este dispositivo é válida a transcrição da seguinte análise:

“Nada obstante, tem-se, no art. 11, da Lei nº 8.429/92, valioso elemento de controle do atuar imoral do agente público, explicitando tal ditame não apenas a exigência de comportamento ético e de cumprimento dos princípios da Administração pública como também a possibilidade de

³⁴¹ CAMMAROSANO, Márcio. **Moralidade Administrativa**. In DALLARI, Adilson Abreu, NASCIMENTO, Carlos Valder do e MARTINS, Ives Gandra da Silva (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo – Vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.269.

³⁴² FREITAS, 2009, op. cit., p.87.

³⁴³ BARBOZA, ob. cit., p.129 e segs.

³⁴⁴ Idem. Ibidem, p.135.

responsabilização independentemente da ocorrência de dano material ao patrimônio público. Avulta imperiosa, ante tal disposição, a concretização dos *standards* que perfazem a moralidade administrativa, como honestidade, imparcialidade, lealdade, entre outros. (...) É então que se manifesta, propriamente, a função repressiva do princípio da moralidade administrativa (...) passamos, simplesmente, a enfatizar a sua relevância qual instrumento de proteção à moralidade administrativa, ou, em outras palavras, de concretização do princípio da moralidade administrativa.”³⁴⁵

Há uma íntima relação entre *probidade e moralidade*, estes valores estão conectados por sua própria natureza. Pode-se perceber que:

“(...) moralidade e probidade são conceitos que a própria Constituição entrelaça como pautas de ação da Administração Pública e critérios de controle da atuação dos agentes públicos, em vista da promoção do interesse público. E de modo a impedir a ação de qualquer agente público com a finalidade da obtenção de vantagens ou interesses que, no plano da compreensão ética da comunidade, sejam violadoras de um *standard* de conduta tido por valioso.”³⁴⁶

Seguindo essa direção, acerca da importância do princípio da moralidade administrativa, da sua proteção pela Lei de Improbidade Administrativa e a proteção dos princípios da Administração Pública por este próprio diploma legal e, por conseguinte do próprio princípio da moralidade (uma espécie de mão dupla), pode-se perceber a proteção de três dimensões: “boa-fé (tutela da confiança), probidade administrativa (deveres de honestidade e lealdade) e razoabilidade (expectativa de conduta *civiliter*, do homem comum, da parte do agente político).”³⁴⁷

Há ainda quem defenda, porém, que o princípio da moralidade não permite que se extrapole a legalidade. É a defesa de Marcelo Figueiredo, ao dizer que:

“(...) não há obrigação que transcenda a legalidade, tal como inserida *no sistema constitucional*. Assim sendo, deve-se auscultar os princípios da Constituição e das leis, mesmo aqueles implícitos. Contudo, não há

³⁴⁵ BARBOZA, op. cit., p. 135.

³⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 234.

³⁴⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p.120.

qualquer dever ou obrigação jurídica em atender, *além* da lei, a normas morais.³⁴⁸

Partindo da mesma premissa de Marcelo Figueiredo, que, ao asseverar o que foi transcrito acima, preocupa-se com os excessos decorrentes da discricionariedade, leia-se arbitrariedade, na aplicação da lei, tenta restringir as hipóteses de imoralidade administrativa àquelas descritas na legalidade, Kele Bahena afirma que: “sendo a improbidade uma forma de imoralidade qualificada pela desonestidade, má-fé, deslealdade etc., é que se conclui que nem toda imoralidade traduz-se em improbidade.”³⁴⁹ Complementa o sentido dessa assertiva a posição de Carolina Zockun, ao referir-se ao problema em tela, explicitando que o princípio da moralidade depende da legalidade, pois “não é Direito sem este e não possui aplicação prática sem regras jurídicas que lhe definam expressamente o conteúdo para cada caso”³⁵⁰.

Contesta essa posição, todavia, Marçal Justen Filho, ao defender que o princípio da moralidade é, “por assim dizer, um princípio jurídico ‘em branco’, o que significa que seu conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no Direito legislado”³⁵¹.

No mesmo sentido, desenvolvendo ainda mais essa ideia, defende Egon Bockmann Moreira que:

“O que ele estabelece é uma finalidade a ser perseguida e implementada. Mas, devido à sua amplitude, não há possibilidade de definição apriorística e exauriente da moralidade. O termo é, por excelência, ‘fluído’, ‘aberto’ – não possui critérios estanques que dêem, automaticamente, resposta exata ao cumprimento do princípio. Por outro, a adoção de definições fechadas limitaria o naturalmente amplo

³⁴⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.100.

³⁴⁹ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p.128.

³⁵⁰ ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Princípio da moralidade: algumas considerações**. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.44.

³⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O princípio da moralidade pública e o direito tributário**. In Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 11, p. 50, 1996.

conceito e implicaria, quando menos, prestígio à 'moral conservadora'.³⁵²

Assim, nessa linha, o princípio da moralidade tem a amplitude necessária para otimização da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa no combate à corrupção. Por óbvio não se desconhece os desafios, como o perigo da discricionariedade na sua aplicação, que será aprofundado nos próximos capítulos, para combater essa perspectiva ampla conferida ao princípio constitucional em discussão.

Impugna-se, preliminarmente, a aplicação autônoma do princípio da moralidade administrativa, fundada numa força normativa própria para os princípios. Carece, pois, de regras definidoras das condutas ímprobas para a sua *applicatio*, pois esta espécie normativa tem, nesse particular, a função de “estruturar os contornos dogmáticos do ilícito de forma a conferir a maior densidade normativa ao ilícito, no sentido de saber com maior grau de precisão possível qual conduta proibida.”³⁵³

As regras definidoras de tipos assumem importante função, blindando o sistema jurídico de *arbitrariedades*, e controlando o subjetivismo diante de amplo princípio como o da moralidade, além de ser um reforço democrático, pois demandará a intervenção do Poder Legislativo na definição da *improbidade administrativa*, consoante o sistema constitucional pátrio. Assim:

“(...) a tipicidade do comportamento proibido não é algo etéreo ou que venha diretamente de uma iluminada autoridade judícia, tampouco uma criação normativa resultante da violação de algum princípio jurídico. O direito administrativo sancionador tem uma larga e importante tradição de garantias, mais do direito comparado do que no cenário nacional, é verdade.”³⁵⁴

Essa questão será desenvolvida e aprofundada nos próximos capítulos, a necessidade e a função do *tipo* para o direito administrativo sancionador, e a conseqüente expansão do sistema de garantias constitucionais, ambos aspectos são corolários da aplicação do *princípio da segurança jurídica*.

³⁵² MOREIRA, Egon Bockmann. **O princípio da moralidade e seu controle objetivo**. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.102.

³⁵³ GIACOMUZZI, op. cit., p.313.

³⁵⁴ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 319.

CAPÍTULO 3 – A DISCRICIONARIEDADE DO INTÉRPRETE E O PROBLEMA DA SEGURANÇA JURÍDICA

A discricionariedade do intérprete ao elaborar a decisão judicial tem gerado uma grande preocupação para os estudiosos do Direito, e, recentemente, essa preocupação tem demandado dos teóricos brasileiros um aprofundamento nas pesquisas. Esse fenômeno se deve em decorrência de haver uma preocupação crescente com a arbitrariedade travestida de discricionariedade no exercício da atividade jurisdicional.

Essa preocupação, por sua vez, aumenta na medida que o intérprete se vê obrigado a trabalhar com normas de alto teor de subjetividade, como é o caso dos princípios. A discricionariedade, portanto, no ato de interpretação de princípios é que se coloca como problema a ser enfrentado nessa pesquisa, uma vez que o problema central gira em torno da caracterização da improbidade administrativa pela violação de princípio.

Essa discricionariedade, por sua vez, contrasta com o ideal de segurança jurídica, constitucionalmente previsto como um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, que, inicialmente, é associado a ideias como: determinação, estabilidade e previsibilidade; e que se espera como consequência da aplicação do Direito.

Para discutir esse contraste e analisar a necessidade de garantir *segurança jurídica* ao sistema jurídico, inicialmente será realizada a análise do problema da discricionariedade da decisão, para posteriormente enfrentar a busca de significação de *segurança jurídica*.

3.1 TEORIA DA DECISÃO: A PROBLEMATIZAÇÃO DO ATO DECISÓRIO NA CONTEMPORANEIDADE

Inicialmente deve-se registrar a grande dificuldade encontrada para escrever sobre este tema, pois, como denuncia Tércio Sampaio Ferraz Junior³⁵⁵, “uma teoria da dogmática geral da decisão não chegou a receber, na tradição,

³⁵⁵ FERRAZ JUNIOR., 2007, op. cit., p.324 e segs.

nenhuma forma de acabamento”. Relegado inicialmente a um segundo plano, vem recentemente recebendo mais atenção, ante a sua importância, da doutrina estrangeira e pátria.

A ideia do significado de decisão, sob uma perspectiva tradicional, refere-se a processos deliberativos, “assumindo-se que estes, do ângulo do indivíduo, constituem estados psicológicos de suspensão do juízo diante de opções possíveis, a decisão aparece como um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais”³⁵⁶.

Como um dos pioneiros na abordagem sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Junior, defende que modernamente, todavia, a ideia de decisão vem sendo relacionada à de aprendizagem. Sobre esta questão assevera que:

“Sem levar em consideração as divergências teóricas específicas, poderíamos postular que pertencem ao processo de aprendizagem impulso, motivação, reação e recompensa. Impulso pode ser entendido como questão conflitiva, isto é, conjunto de proposições analiticamente incompatíveis em face de proposição empírica que descreve uma situação. (...) A motivação corresponde ao conjunto de expectativas que nos forçam a encarar as incompatibilidades como conflito, isto é, como exigindo uma resposta comportamental. A reação é, propriamente, a resposta. A recompensa é o objetivo, a situação final na qual se alcança uma relação definitiva em confronto com o ponto de partida”³⁵⁷.

Assim decompõe o professor paulista a decisão, vista como ato complexo, fixando tratar-se de um procedimento, cujo ápice é a resposta. Resposta ao que? A uma situação conflituosa, de sorte, que deve-se registrar o fato da decisão jurídica ser invocada como resultado de um procedimento, aparelhado e manejado pelo poder estatal (Poder Judiciário), que pretende elidir uma situação de conflito na sociedade.

Outra característica que merece destaque na decisão judicial é a de se tratar de ato de poder. Como tal, pelo simples fato de ser proferida por sujeito investido de poder pelo Estado, ou seja, decorrer de juiz com competência para julgar, constitui, assim, a decisão uma “verdade”.

³⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, 2007, op. cit., p.325.

³⁵⁷ Idem. Ibidem. p.325.

Donde, pode-se concluir, até o momento, que a idéia de decisão constituída inicialmente pela doutrina pátria, corrobora o paradigma no qual o ato de decisão é eminentemente subjetivo, trata-se de opção, escolha, realizada por um magistrado, como ato de poder, desde que legalmente investido para tal, com a finalidade, minimamente remota, de gerar “verdade”. Se o conflito, que demandou o ato decisório, foi elidido satisfatoriamente pouco importa!

Aprofundando a análise sobre o ato decisório, e seu caráter subjetivista, Lenio Streck pondera que:

“(…) deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles”³⁵⁸.

Se já não fosse bastante por si só a questão da subjetividade do ato decisório, reificado no direito nacional por princípios processuais como “livre convencimento motivado”, “persuasão racional do juiz”, deve-se questionar quão “livre” de fato é esse ato decisório, pois como assevera Hans-Georg Gadamer³⁵⁹, “faz muito tempo que nem tudo aquilo que acompanhamos com a consciência de nossa liberdade é realmente consequência de uma decisão livre. Fatores inconscientes, compulsões e interesses não dirigem apenas nosso comportamento, mas também determinam nossa consciência”.

Neste contexto se instaura a discussão que coloca a decisão judicial entre a busca de uma “verdade” e o livre-arbítrio de quem decide. Como já ventilado, traveste-se a discricionariedade que deve possuir a atividade decisória de ato arbitrário, ensejando a questão acerca do limite a ser imposto a essa ação humana, pois não se deve esquecer que o julgador é antes de tudo um ser-humano.

³⁵⁸ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.20.

³⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte.** São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 49-50.

“De um lado, tem-se o juiz pleno: aquele que alcança a verdade, que utiliza a linguagem como instrumento, e é completamente livre para tomar sua decisão. De outro, apresenta-se um juiz carente: o que justifica seu ato de decisão por meio do convencimento, que compreende a linguagem como fundamento próprio do seu decidir, que se escora na persuasão, e que constrói sua decisão a partir de argumentos.”³⁶⁰

Coloca-se a questão entre a formulação de uma teoria da decisão de cariz hermenêutico ou a utilização de teorias argumentativas, para fundamentar o ato decisório, como objeto da discussão, ou seja, qual seria o melhor “caminho” para combater a arbitrariedade da decisão judicial, para, assim, superar o subjetivismo decisório.

Surge, então, a necessidade de se discutir o problema da subjetividade, e a conseqüente discricionariedade, do ato decisório, além da “inconsciência”, ou não, acerca dos fatores que influenciam este, sendo fundamental, para cumprir esta tarefa, antes, investigar qual paradigma do pensamento jurídico tem, contemporaneamente, influenciado as decisões.

3.1.1 Positivismo jurídico e ato decisório

Após estabelecer significações e relações essenciais para compreensão deste trabalho, deve-se observar o impacto do positivismo jurídico, considerado *lato senso*, portanto incluindo o neopositivismo³⁶¹, sobre o ato decisório, para compreender, assim, o paradigma majoritário, na teoria jurídica pátria, bem como analisar a sua matriz filosófica.

Não faz parte do objeto central deste trabalho, como já foi dito, analisar profundamente a corrente positivista do direito, todavia também já foi esclarecido, que por uma questão didática será analisada a origem e o desenvolvimento do positivismo, a partir da “celebração” da modernidade, no período subsequente às revoluções do século XVIII.

Era característica marcante da sociedade medieval o pluralismo, “posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais

³⁶⁰ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O Ato de Decisão Judicial: Uma Irrracionalidade Disfarçada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24.

³⁶¹ Forma utilizada por Lenio Streck para se referir à nova leitura conferida por Hans Kelsen ao positivismo normativista, a partir de sua *Teoria Pura do Direito*.

dispondo de um ordenamento jurídico próprio”³⁶². Com o advento do Estado Moderno, todavia, há a sedimentação de uma espécie de modelo monista de Estado, que concentra em si todos os poderes, especialmente o de “criar” o direito. É o que Norberto Bobbio³⁶³ denomina de: “*processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*”.

Com esta nova “função” estatal de produzir o ordenamento jurídico, advém um novo papel para o juiz, na sua relação com o direito, marcando a transição do jusnaturalismo para o positivismo primitivo (exegético). Sobre esta transição assevera Norberto Bobbio que:

“Enquanto, de fato, num período primitivo, o estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto em critérios de equidade, e a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna assim, o único criador do direito”³⁶⁴.

O positivismo encontra, assim, êxito no universo jurídico, que procura organizar-se em torno de uma visão cientificista, e, principalmente “elabora uma crença que resulta na formação de um senso comum teórico instalado nas diversas concepções acerca do Direito, que impede o jurista de desenvolver atitudes críticas e reflexivas”³⁶⁵, fundando, então, uma nova espécie de crença, fundada na veracidade de seus enunciados, vez que são cientificamente fundamentados.

Esta postura tem como consequência, e uma das marcas fundamentais do positivismo, a “descaracterização das demais ordens normativas que foram e que são produzidas tradicionalmente, silenciando as normas morais, religiosas e habituais que contêm fortemente conteúdos normativos próximos daqueles que o

³⁶² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p.27.

³⁶³ Idem. Ibidem. p.27.

³⁶⁴ Idem. Ibidem. p.29.

³⁶⁵ PÉPE, Albano Marcos Bastos. **O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos**. in SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. n.3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

sistema jurídico trata”³⁶⁶. Sobre esta questão, pronunciou-se Luis Alberto Warat ao analisar que:

“O positivismo pretende estabelecer critérios relevantes para a identificação e delimitação excludentes do sistema jurídico em relação aos outros membros da família dos sistemas normativos. Os elementos que apontam como critérios são: a coerção, a existência de certas regras, que indicam como a sanção pode ser operacionalizada (são as regras secundárias de Hart); o caráter monopólico da coerção por parte do Estado e caráter normativamente condicionado da sucessão de decisões”.³⁶⁷

Independentemente da existência de outras “escolas positivistas”, não menos importantes (como p. ex. a *jurisprudência dos conceitos*), passa-se á análise do positivismo normativista, que “seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um “fechamento semântico” do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor””³⁶⁸, demonstrando desinteresse pela formulação de uma teoria da decisão, gerando importantes consequências com esta postura. Destaca-se neste paradigma o pensamento de Hans Kelsen.

Para melhor compreender o pensamento kelseniano, reproduz-se a análise de Wálber Carneiro, ao afirmar que:

“Kelsen irá, no início do séc. XX, redefinir os moldes do positivismo normativista. Mas, ao contrário dos antecedentes primitivos, como a da *Escola de Exegese* e da *Jurisprudência de Conceitos*, não buscará o “direito puro”, ou seja, o direito descoberto pela *razão*, e sim uma “ciência pura” que recorte a complexidade do fenômeno jurídico e opere dentro dos limites possíveis da lógica”³⁶⁹.

Ainda definindo o significado que a Ciência Jurídica assume na matriz kelseniana, posiciona-se Karl Larenz ao afirmar que:

“A ciência do Direito, segundo KELSEN, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objecto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu caráter científico quando se restringe

³⁶⁶ Idem. Ibidem. p.25.

³⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade**. v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.121.

³⁶⁸ STRECK, op. cit., 2010, p. 81.

³⁶⁹ CARNEIRO, 2011, op. cit., p.161.

rigorosamente à sua função e o seu método se conserva <<puro>> de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência (...)³⁷⁰.

Com relação ao ato decisório, estatui o positivismo kelseniano (neopositivismo) que “o problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das “normas jurídicas”³⁷¹. De toda sorte, todos “positivistas” têm algo em comum: a discricionariedade do juiz! Esta no pensamento kelseniano resta evidenciada como ato de vontade do juiz, considerado por ele como “intérprete autêntico”, muito bem caracterizada na seguinte passagem:

“(...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.³⁷²

A interpretação denominada de “autêntica”, realizada pelo juiz ao praticar o ato decisório, portanto, é um “ato criador”, diferenciado, assim, do denominado “ato de conhecimento”, justamente pelo fato deste não possuir efeito criador³⁷³.

O magistrado ao aplicar o direito³⁷⁴ atua dentro de uma “moldura” proporcionada pelo direito, que como “limites”, todavia, proporciona diversas alternativas ao intérprete (“autêntico”), concluindo Kelsen, assim, que: “a interpretação de uma não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que (...) têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito”³⁷⁵.

Inobstante o que foi discutido acerca do positivismo, e da matriz kelseniana, deve-se fazer uma ressalva, pois mais do que estabelecer o ato decisório como um ato de vontade, Hans Kelsen previu que isto iria acontecer, é uma espécie de antecipação do erro que os juristas iriam incorrer, ou incorreram,

³⁷⁰ LARENZ, 2012, op. cit., p. 93.

³⁷¹ STRECK. op. cit., 2010, p.81.

³⁷² KELSEN, 1998, op. cit., p.394.

³⁷³ Idem. Ibidem. p.395.

³⁷⁴ Deve-se ressaltar que para este paradigma há uma cisão entre interpretação e aplicação, que será desenvolvida especificamente em tópico posterior, mas que deve ficar desde já consignado, sob pena de causar estranheza ao leitor, nesta postura do intérprete positivista.

³⁷⁵ KELSEN, op.cit., 1998, p.390-391.

na “modernidade jurídica”. Muitas injustiças têm sido cometidos com o pensamento do mestre de Viena, entre elas acusá-lo de incoerente, o que particularmente entendo não se vislumbrar, pois ele advertiu sobre a “armadilha” que o ato decisório poderia apresentar no contexto de uma teoria do direito, pois percebe-se claramente “o que preocupa em última instância, KELSEN: impedir que se abuse da ciência do Direito, utilizando-a como capa de opiniões puramente pessoais e de tendências ideológicas”³⁷⁶.

Outra injustiça, cometida ao pensamento kelseniano, relaciona-se ao fato da maioria dos atos decisórios serem desprovidos de uma fundamentação teórica inspirada na teoria do mestre de Viena, pelo simples fato de sequer possuírem matriz teórica ao qual se filiem, serem atos meramente subjetivos e arbitrários, verdadeiras “escolhas”, como meros atos de vontade, mas que não acompanham, por desconhecimento ou má compreensão, a profundidade daquilo que foi preconizado na *Teoria Pura do Direito*.

Em outro momento, surgem as contestações à teoria kelseniana, fundando um conjunto de teorias, sem unidade epistemológica, para “superação do positivismo”, que têm sido denominadas de pós-positivistas. Deve-se ressaltar, porém, que mesmo antes destas correntes, pensadores importantes como Miguel Reale³⁷⁷ já antevia que o direito era “fato-valor-norma”, em uma concepção tridimensional do direito, e Carlos Cossio, ao afirmar que o objeto de conhecimento jurídico é “a conduta humana considerada em sua interferência intersubjetiva, e as normas são apenas os conceitos imputativos que mencionam essa conduta em seu dever ser”³⁷⁸.

Após essa breve apresentação, citamos Lenio Streck, para dizer que: “eis o “ovo da serpente””³⁷⁹. Conhecida a base do pensamento jurídico³⁸⁰, contestada neste trabalho, que influencia a maioria das decisões proferidas em solo brasileiro, deve-se analisar a sua matriz filosófica, pois somente assim será mais bem compreendida, permitindo uma proposta de ruptura paradigmática.

³⁷⁶ LARENZ, ob. cit., 2012, p. 107.

³⁷⁷ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁷⁸ COSSIO, 1964, op. cit., p.133.

³⁷⁹ STRECK, ob. cit., 2010, p.81.

³⁸⁰ Não são desconhecidas outras importantes “contribuições” à formatação do pensamento positivista, como, por exemplo, as de Hebert Hart (*O conceito de Direito*) e Alf Ross (*Direito e Justiça*), mas já foi explicado que o objetivo deste trabalho não é dissecar o juspositivismo, apenas estabelecer uma base para análise crítica.

3.1.2. A base filosófica do positivismo kelseniano

Mais uma vez, por cautela, adverte-se o leitor que não se pretende fazer uma análise reducionista do positivismo, mas uma imersão nas matrizes filosóficas que influenciaram o positivismo, mais especificamente a matriz kelseniana, dada sua importância na (re)formatação da teoria do direito, a partir do pensamento apresentado na *Teoria Pura do Direito*.

Acerca da identidade que caracteriza e diferencia a teoria pura do direito, podendo ser apontada simultaneamente como virtude e defeito, é o fato dela ser “uma metodologia do direito, cujo inequívoco formalismo reflete importante teorização filosófica quanto às condições de validade do processo de conhecimento”³⁸¹.

A partir desta perspectiva, desenvolve Marília Muricy³⁸², acerca da matriz filosófica kelseniana, que:

“(...) motivado pela preocupação em assegurar a autonomia da ciência do direito em frente ao que considera invasivas interferências de outras ciências sociais; preocupado, por outro lado, em eliminar o risco ideológico do jusnaturalismo que ameaçava o rigor científico de prática do jurista, Kelsen vai buscar na matriz kantiana da “razão pura”, eficiente cobertura epistêmica para seus propósitos. Sua filiação ao pensamento do “filósofo das três críticas”, não obstante o desprezo com que trata pressupostos e consequências da “razão prática”, é, a nosso ver, inquestionável, nela encontrando fundamento a separação intransponível entre *ser* e *dever ser* (...)”.

Assim, sobre a assimilação da matriz kantiana por Hans Kelsen, assevera Luis Alberto Warat³⁸³, que “o idealismo crítico de Kant converte-se em idealismo lógico, a realidade jurídica torna-se conceito, e o Direito se configura como um sistema deôntico de conceitos intelectivos puros, para cujo conhecimento se exclui todo elemento perceptivo e racional”.

Outro ponto central a ser abordado neste tópico, reflexo da influência kantiana sobre o positivismo kelseniano, é a distinção entre razão teórica e razão

³⁸¹ MURICY, Marília. **Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético.** in BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigues (orgs.). **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 107.

³⁸² Idem. Ibidem. p. 107-108.

³⁸³ WARAT, ob. cit., 2002, p. 138

prática. Antes, porém, consigne-se que esta divisão remonta ao pensamento aristotélico, quando este “delimitou uma filosofia teórica (que pergunta pela verdade ou pela falsidade) e uma filosofia prática (que pergunta pelo certo e pelo errado)”³⁸⁴.

O que aproxima as concepções aristotélica e kantiana acerca desta divisão é que “em ambos há uma barreira que separa a filosofia teórica da prática e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa”³⁸⁵. Deve-se ressaltar, todavia que a partir do pensamento de Kant agrega-se a essa cisão a questão da subjetividade.

Esta subjetividade emanada da cisão razão prática/razão teórica afeta em cheio o positivismo, influência kantiana sobre o pensamento de Kelsen, ao adotar a razão teórica “pura” como padrão da Ciência Jurídica, negando, portanto a razão prática, analisada a questão por Lenio Streck nos seguintes termos:

“(…) as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias em uma racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações, etc.). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse “objeto” seria produto do próprio sujeito do conhecimento”.³⁸⁶

O efeito disso é a afirmação da decisão, para Kelsen, como questão afeta a “razão prática”, como ato de vontade capaz de criar normas através da atribuição de valores, ratificando sua “negação da razão prática kantiana, para ele uma impossibilidade lógica, dada a intransponível irredutibilidade do dualismo entre ser e dever ser, que torna autocontraditória qualquer tentativa de associar racionalidade e justiça”³⁸⁷.

Como consequência, após análise do positivismo, a partir da Teoria Pura do Direito (Hans Kelsen), entendido pela perspectiva de sua matriz filosófica, é possível compreender como a decisão, enquanto ato de vontade, apresenta uma elevada carga de subjetivismo, caracterizada pela excessiva discricionariedade do

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas**. in. STRECK, Lenio e STEIN, Ernildo (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154.

³⁸⁵ Idem. Ibidem. p.154.

³⁸⁶ STRECK, ob. cit., 2011, p.155.

³⁸⁷ MURICY, ob. cit., 2002, p.118.

ato decisório, emanado dos magistrados, demandando, portanto estudo em tópico específico a seguir.

3.2 A DISCRICIONARIEDADE DO ATO DECISÓRIO

Não é objetivo deste trabalho, até porque estaria cometendo enorme impropriedade teórica, e até mesmo grande injustiça, acusar o pensamento entabulado por Hans Kelsen, em sua matriz positivista (neopositivista), como o único responsável (se é que isso é possível) pela discricionariedade dos julgadores nos atos decisórios. O fato é que, após constatar que Kelsen advertiu sobre a “armadilha” de a decisão consistir em ato de vontade criador (intérprete autêntico), foram construídas, como já foi lembrado, diversas “respostas” (“contestações”) teóricas ao seu modelo (mal compreendido na maioria das vezes). Estas teorias denominadas de pós-positivistas, por sua vez, como resposta à discricionariedade criaram mais discricionariedade.

Por uma questão didática, para não confundir, serão separadas em duas partes a análise da discricionariedade do ato decisório: 1) na matriz teórica kelseniana e 2) nas matrizes teóricas pós-positivistas.

3.2.1 Discricionariedade e neopositivismo (Hans Kelsen):

Dentre as heranças do pensamento kantiano sobre o de Hans Kelsen, que influenciam na compreensão da concepção deste acerca do ato decisório, está no fato daquele, em sua teoria crítica, promover a “cola do transcendental no sujeito, e, nesse momento, ele passa a ser o lugar último e fundamento da verdade”³⁸⁸.

Quando o mestre de Viena asseverou ser o ato de decisão um ato de vontade, atribuindo ao sujeito (intérprete autêntico) através do seu “sentimento”³⁸⁹ a capacidade de decidir, resta demonstrado, neste contexto, que “‘filosofia da consciência’ e ‘discricionariedade judicial’ são faces da mesma moeda, (...)”

³⁸⁸ STRECK, ob. cit., 2010, p. 18.

³⁸⁹ A expressão “sentença”, deriva do latim “sentire”, compreendido como “sentimento”. Isso até hoje é professado por muitos processualistas, principalmente aqueles que ainda sustentam o “livre convencimento motivado do juiz”: e viva a discricionariedade!

reconstruindo-se, assim, o discricionarismo/decisionismo sustentado por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito”³⁹⁰.

Em análise sobre a questão da discricionariedade (neo)positivista, Lenio Streck afirma o seguinte:

“Fica claro que a histórica aposta na discricionariedade, com origem bem definida em Kelsen e Hart, tinha o objetivo, ao mesmo tempo, de “resolver” um problema considerado insolúvel, representado pela razão prática “eivada de solipcismo” (afinal, o sujeito da modernidade sempre se apresentou *conscinete-de-sí-e-de-sua-certeza-pensante*), e de reafirmar o modelo de regras do positivismo, no interior do qual os princípios (gerais do direito) – equiparados a “valores” – *mostravam-se como instrumentos para a confirmação desse “fechamento”*.”³⁹¹

“A essência da decisão discricionária reside na liberdade quanto a vinculação jurídica, e como tal seria justamente o contrário, lógico e metodológico, da decisão jurídica, da <<aplicação do direito>>”³⁹². De sorte, que a discricionariedade consiste no ato que se dissocia do direito em sua aplicação, quando o julgador faz-se valer de sua “consciência”, como se a verdade estivesse inserida apenas em seu universo, subjetivamente, capaz de construir, assim, o “verdadeiro direito”.

O juiz coloca-se como alguém que apenas contempla o problema, como se este não fizesse parte de sua realidade, na clássica cisão sujeito/objeto³⁹³, típica da filosofia da consciência, e, portanto, a fundamentar a discricionariedade do ato decisório. Acerca deste problema é precisa a análise de Carlos Cossio, ao afirmar que:

“(…) la creación judicial de la sentencia por parte del juez hace ver con evidencia que este no es um ente extraño y separado del Derecho, que

³⁹⁰ STRECK, ob. cit., 2010, p.34.

³⁹¹ Idem. Ibidem, p.89.

³⁹² CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros – volume 1º**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.532.

³⁹³ “É justamente dessa relação que se originam os dois pontos de vista centrais da filosofia, realismo e idealismo, assim como suas modalidades e mediações. (...) justamente o problema da relação sujeito-objeto com todas as suas variantes é o indício de que não se foi além do velho ponto de partida da Antiguidade e de que ainda não se tocou o problema central. Esse problema só pode ser formulado depois que se tiver compreendido que a questão da relação sujeito-objeto e, com maior razão, toda “teoria do conhecimento” repousam sobre o problema da verdade e não – como reza a opinião usual – o inverso”. (HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.65)

estuviera fuera del Derecho mirándolo e conociéndolo desde cierta distancia, cual si el Derecho fuera una cosa conclusa y fija que pudiera tomar a voluntad para aplicar cuando llegare el caso, como quien asienta el sello sobre el lacre”³⁹⁴.

Ao se colocar “distante” do problema o juiz, sob uma perspectiva (neo)positivista, enquanto sujeito que apenas observa o objeto, assenhora-se deste para lhe “conferir” significado, propiciando-lhe criar o seu próprio objeto de “conhecimento”.

Esta “postura” positivista, todavia, é passível a severas críticas, como a formulada por Lenio Streck, ao considerar que:

“(…) há um ponto que marca definitivamente o equívoco cometido por todo o positivismo *ao apostar em certo arbítrio* (eufemisticamente epitetado como “discricionarietà”) do julgador no momento de determinar sua decisão: sendo o ato jurisdicional um *ato de vontade*, ele representa uma *manifestação da razão prática*, ficando fora das possibilidades de conhecimento teórico. Isso ainda não foi devidamente entendido pela(s) teoria(s) do direito”³⁹⁵.

Era necessário formular uma “resposta”, uma “contestação”, a este “standard” teórico, característico do(s) positivismo(s). Não foram poucas estas teorias, como já enunciado, todavia a formatação de um conjunto de proposições teóricas, consignadas em torno da necessária reaproximação entre a moral e o direito, denominada(s) de pós-positivismo chama a atenção.

3.2.2 A discricionarietà do(s) pós-positivismo(s)

A reaproximação entre o direito e a moral promovida pelas teorias pós-positivistas, entre outras consequências, em solo denominado neoconstitucional³⁹⁶, promove a reestruturação do conceito de norma jurídica,

³⁹⁴ COSSIO, ob. cit., 1964, p. 115.

³⁹⁵ STRECK, 2009, op. cit., p.420.

³⁹⁶ Sob uma perspectiva teórica e seu significado para Teoria do Direito, “El neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de La constitucionalización, es decir, de esse proceso que há comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución <invasora>, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia em la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y a la aplicación de la ley.” (COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico.** In CARBONELL, Miguel.

cindida em duas espécies: *regras* e *princípios*. Esta última responsável pela (re)introdução da “moral” no “universo” da(s) teoria(s) do direito.

Eis o segundo “ovo da serpente”; a má compreensão do papel dos princípios na teoria do direito! Esta pseudo “confusão” vai permitir a manutenção da postura discricionária (arbitrária) do intérprete, agora repaginada, ou seja, sob base argumentativa distinta, mas filosoficamente mantendo a mesma postura metafísica típica da filosofia da consciência, com a relação sujeito/objeto, entre o juiz e a aplicação, cindindo esta da interpretação, como se atos distintos fossem (primeiro interpreto, depois aplico, como se fosse possível interpretar se não for para aplicar, vez que fazem parte de uma mesma dimensão).

Neste particular, sobressai a existência das teorias argumentativas, destacando-se, entre outros, no Brasil, autores como Chaim Perelman, Klaus Günther, Jürgen Habermas e, principalmente, Robert Alexy; que, embora estrangeiros, têm suas obras traduzidas para português, angariando cada vez mais adeptos.

Não será possível, até porque incompatível com o objeto central deste trabalho, analisar as variáveis sugeridas por todos estes pensadores contemporâneos, mas serão analisados os aspectos gerais que transitam entre as teorias destes pensadores. É, porém, válido, neste ponto, transcrever a distinção basilar formulada por Jürgen Habermas sobre regras e princípios, por ser bastante ilustrativa acerca do papel assumido pela norma, para esses teóricos, ao sustentar que:

“Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente “se”, que especifica condições de aplicação típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não-

Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.83.). Ainda sobre a definição deste novel instituto, pode-se consignar que “(...) La expresión <neoconstitucionalismo> o <constitucionalismo avanzado> o <constitucionalismo de derechos> para designar el nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de Derecho que existe em algunos países europeos, como por ejemplo Italia, Alemania y España. (...) estas constituciones <representam el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo> (...)” (ARIZA, Santiago Sastre. **La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.239.)

específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo o caso carentes de uma interpretação”.³⁹⁷

Consigna-se, então, que independente da “perspectiva ou bandeira teórica adotada, o problema persistirá, na medida em que não for superado o esquema sujeito-objeto”³⁹⁸. A questão central, dessa forma, seta nitidamente acentuada, independente da matriz teórica, nas condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo³⁹⁹.

Como crítica última ao “exagero” multifacetado professado em torno dos princípios, manifesta-se Lenio Streck, nos seguintes termos:

““Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (sic), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem”.⁴⁰⁰

Diante deste quadro, para entabulação de uma teoria da decisão, é necessário perguntar-se: todas as respostas, então, são possíveis no Direito? Existiriam respostas corretas? Qual o papel da argumentação jurídica na busca pelas respostas corretas?

A partir destas incertezas analisadas, e do estágio de complexidade colocado pela pós-modernidade, e com o escopo precípuo de desenvolver na Teoria do Direito uma “verdadeira” teoria da decisão, nos próximos tópicos buscar-se-á compreender os pontos fulcrais acerca das teorias argumentativas e a proposta que Ronald Dworkin vai apresentar para a “procura” pelas respostas corretas no Direito.

³⁹⁷ HABERMAS, 1997, op. cit., p.258.

³⁹⁸ STRECK, ob. cit., 2009, p.475.

³⁹⁹ Idem. Ibidem, p. 475.

⁴⁰⁰ Idem, Ibidem, p.476.

3.3. TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, DISCRICIONARIEDADE E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO

Decidir depreende um ato de comunicação, mediante a apresentação de um discurso racional direcionado de alguém para outrem. Neste processo é fundamental que aquilo que se comunica seja apreendido e obedecido. A racionalidade, portanto, deriva da necessária fundamentação do ato decisório.⁴⁰¹

“(…) Para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento. Se, num momento final, a decisão jurídica termina as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isso não quer dizer que, durante todo o processo, ela não seja argumentada. Da argumentação para a obtenção das decisões cuida a teoria da argumentação jurídica.”⁴⁰²

As teorias argumentativas, portanto, direcionam-se para o estudo dos processos argumentativos necessários à tomada de decisão no Direito, procurando compreender a dimensão racional deste procedimento.

Essa perseguição pelo padrão de racionalidade que permite estabelecer processos argumentativos, capazes, por sua vez, de estabilizar as expectativas decisórias, na “eterna” busca por segurança jurídica, depara-se com alguns problemas: a busca pela *verdade* e a *vinculação* a uma norma abstrata.

Assim, pois, “quando se estabelece uma relação necessária entre verdade e norma genérica, incorre-se, ao menos, em um sério equívoco, o de vincular o dogma moderno da segurança jurídica à busca de uma verdade”⁴⁰³.

Resta, portanto, o problema de estabelecer um vínculo entre Direito, Moral e Justificação, e a pergunta: é possível alcançar a “verdade”? Pode-se colocar o problema, também, da seguinte forma: a teoria da argumentação permite alcançar respostas corretas, ou apenas reforça a discricionariedade do intérprete?

Com o declarado escopo de tentar refletir sobre os problemas propostos, esta parte do escrito será subdividida em dois itens. O primeiro contextualizará o

⁴⁰¹ FERRAZ JR., 2007, p.337.

⁴⁰² Idem. Ibidem, p.337.

⁴⁰³ AZEVÊDO, 2011, p.185.

desenvolvimento das teorias argumentativas a partir da tópica, e o segundo avaliará o impacto do desenvolvimento da retórica para a argumentação na busca pelas “respostas corretas”.

3.3.1 A Tópica e o “ressurgimento” da retórica para o Direito

Consoante desenvolvido pelos pensadores da antiguidade clássica, notadamente na Grécia e em Roma, a tópica representava, para a retórica⁴⁰⁴, uma técnica de pensar por problemas. Sem querer dispensar toda a evolução histórica do instituto, mas com o objetivo pragmático de recortar o tema conforme os limites deste trabalho, a retomada da tópica para o Direito na contemporaneidade se dá por intermédio do trabalho de Theodor Viehweg, quando, em 1953, produziu a obra *Tópica e Jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*.

“Ora VIEHWEG vem recordar a Tópica como ‘técnica do pensar por problemas’ que se ajusta muito bem à jurisprudência, no reconhecimento (em si inteiramente correto) em que precisamente os métodos preferencialmente exatos da fundamentação dos enunciados científicos, designadamente os métodos axiomáticos-dedutivos, que, a partir de um número limitado de premissas apropriadas (eventualmente apenas postas como fundamentos hipotéticos), compatíveis e independentes entre si, alcança um amplo sistema de enunciados teóricos segundo as regras da lógica formal – de que tais métodos, dizíamos, não são propriamente os que importam para a teoria e a prática jurídicas.”⁴⁰⁵

Em linhas gerais, nessa forma de aplicação do Direito, a partir da tópica, portanto, o trabalho do intérprete é compreender a situação problemática e, mediante a produção de argumentos, determinar o *topoi* ou o *topos* no qual se encontra o argumento último que soluciona o problema, o valor que assegura a correção da linha argumentativa utilizada, valendo-se, inclusive, da legislação para essa finalidade.

⁴⁰⁴ “A retórica que foi elaborada pelos Antigos e à qual foram consagradas as obras muito conhecidas de Arsitóteles, Cícero e Quintiliano, é uma disciplina que, após ter sido considerada o coroamento da educação greco-romana, degenerou no século XVI, quando foi reduzida ao estudo das figuras de estilo, e depois desapareceu inteiramente dos programas do ensino secundário.” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica – A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.141.)

⁴⁰⁵ ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.382.

Deve-se destacar, que a importância dos *topoi* ou do *topos*, “consiste em fornecer razões que permitem afastar soluções não equitativas ou desarrazoadas, na medida em que estas negligenciam as considerações que os lugares permitem sintetizar e integrar em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*.”⁴⁰⁶. Assim, pode-se afirmar que “segundo a concepção tópico-retórica, o discurso jurídico tem uma natureza argumentativa, visando uma deliberação dominada pela lógica do razoável em face do circunstancialismo concreto do problema”⁴⁰⁷.

O fundamental nesse processo argumentativo, todavia, é detalhar, explicar, o processo argumentativo utilizado, como explica o próprio Theodor Viehweg, ao asseverar que:

“A maneira situativa de pensar deve (...) retornar ao âmbito pragmático (...). Ele precisa, portanto, procurar em primeira linha, esclarecer o processo de produção intelectual, que se desenvolve na situação do discurso sobre a busca pelo entendimento. Todos os elementos do pensamento reconduzem à sua pretensão situativa, são chamados a fazer deste fenômeno da comunicação o objeto da investigação. (...) Ele trata, sobretudo, em torno do empreender, que é suficientemente familiar a todos os retóricos e juristas.”⁴⁰⁸

De maneira geral, pode-se afirmar que “a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estilo de pensar, que dizia respeito mais a aptidões e habilidades”⁴⁰⁹, é, assim, um modo de pensar a partir de problemas, para alcançar os lugares-comuns onde se encontram a solução para esses problemas, por intermédio de argumentos, que devem ser explicados, desde como se chegou a eles, bem como na sua conexão com o *loci (topoi)*.

“(...) Como se trata de séries argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido

⁴⁰⁶ PERELMAN, 2000, p.120.

⁴⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder: Ensaio Sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.6/7.

⁴⁰⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Tradução da 5ª ed. Alemã. Porto Alegre: SAFE, 2008, p.113.

⁴⁰⁹ FERRAZ JR., 2007, p.342.

como um *dado*, como algo que dirige e orienta a argumentação, que culmina numa solução *possível entre outras*.⁴¹⁰

Nesse processo, de aplicação da tópica, “a lei aparece como resposta a uma série de questões históricas tidas como problemáticas, tendo a justiça como aporia fundamental que procura dar unidade significativa ao sistema”⁴¹¹.

Neste particular, percebe-se que “decisiva é antes a **escolha especial de premissas**, que se produz como consequência de **um determinado modo de entender o direito**”⁴¹², o que denota a continuidade teórica do problema aqui enfrentado: a subjetividade arbitrária do intérprete.

A partir da “retomada” da retórica, a partir da *tópica*, há o desenvolvimento de diversas teorias sobre esse saber. A questão que se coloca, novamente, é: serão elas capazes de combater a arbitrariedade do ato decisório?

3.3.2 O desenvolvimento da retórica para a busca pelas “respostas corretas”

Preliminarmente, com o escopo de apresentar a temática, merece transcrição a lição de João Maurício Adeodato, um dos maiores estudiosos do assunto no Brasil, acerca do preconceito com os retóricos, ao afirmar que:

“Os retóricos têm sido em geral associados a uma ideia negativa de indiferença quanto às questões práticas que afligem a humanidade. Nada mais inexato. É certo que o ceticismo quanto a uma instância externa que possa legitimar o conhecimento leva também à dúvida quanto à possibilidade de encontrar parâmetros de referência semelhantes para as questões morais, jurídicas, políticas.”⁴¹³

A acusação leviana, e simplista, feita por quem não aprofundou seus estudos sobre a temática, imputa aos retóricos uma suposta “imparcialidade ética”, como se esses não estivessem moralmente limitados na produção das suas argumentações. Esse tipo de crítica, por sua vez, acabou por influenciar no desenvolvimento de teorias que permitissem rechaçar esse argumento.

⁴¹⁰ FERRAZ JR., 2007, p.343.

⁴¹¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.160.

⁴¹² Idem, ibidem, p.161.

⁴¹³ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.257.

Robert Alexy, por exemplo, discute a possibilidade de vinculação sistêmica dos processos argumentativos, e conclui que “o sistema axiológico-teleológico não permite por si só decisão única sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso ou sobre quais valorações particulares se devem realizar”⁴¹⁴, advertindo, todavia que:

“Isso não significa que seja impossível uma argumentação a partir de um sistema axiológico-teleológico ou qualquer outro sistema. Os argumentos a partir de sistemas, quaisquer que sejam esses, desempenham um papel importante tanto na *praxis* judicial quanto na Ciência do Direito. seja como for, tornam claro que esse tipo de argumentação não tem caráter concludente.”⁴¹⁵

O discurso jurídico a ser produzido, segundo Robert Alexy, pode ser contemplado de diversas maneiras, como por exemplo sob as perspectivas: empírica, analítica ou normativa.

A perspectiva empírica, é aquela na qual se descrevem ou explicam a frequência de determinados argumentos, “a correlação entre determinados grupos de falantes, situações linguísticas e o uso de determinados argumentos, o efeito dos argumentos, a motivação para o uso de determinados argumentos ou as concepções dominantes em determinados grupos sobre a validade dos argumentos”⁴¹⁶.

Já na perspectiva analítica se trata da estrutura lógica dos argumentos realmente utilizados ou meramente possíveis.

Na perspectiva normativa, por último, “se estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico”⁴¹⁷.

O papel do discurso jurídico, para Robert Alexy, assim, compreendidas essas perspectivas é a fundamentação de premissas normativas necessárias para a saturação das diversas formas de argumentos, a fundamentação da eleição das diferentes formas de argumentos que conduzem, invariavelmente, a

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005, p.36.

⁴¹⁵ Idem, ibidem, p.37.

⁴¹⁶ Idem, ibidem, p.45.

⁴¹⁷ Idem, ibidem, p.45.

resultados distintos, a fundamentação e comprovação de postulados dogmáticos do Direito e a fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna.

Inobstante o seu papel, a argumentação jurídica deve ser limitada pela legislação, na opinião de Robert Alexy, gerando a seguinte consequência de validação:

“(...) A racionalidade da argumentação jurídica, na medida em que é determinada pela lei, é por isso sempre relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação. (...) Para chegar a uma teoria do discurso jurídico que contenha também esta condição de racionalidade seria necessário ampliar a teoria do discurso racional prático geral até uma teoria da legislação e esta até uma teoria normativa da sociedade, da qual a teoria do discurso jurídico faz parte.”⁴¹⁸

Dessa forma, os fins aos quais se propõe a sua teoria do direito são limitados e adstritos a uma teoria do ordenamento jurídico válido. Entretanto, essa posição do autor, é compensada, em parte, com a “relação que defenderá entre o seu *modelo de direito* e uma *moral corretiva* que impediria situações de notória injustiça”⁴¹⁹.

Klaus Günther, ao analisar o problema, infere que o discurso de aplicação e motivação subsiste “tanto para a observância de normas válidas, quanto para a concretização de preceitos adequados de normas singulares”, de sorte que, com isso, não esteja garantido que “aquilo que devemos fazer também se torne o que efetivamente queremos fazer nessa situação”⁴²⁰.

“Uma ética cognitivista não necessitaria preocupar-se enormemente com o problema da motivação, se no fato de não se observarem normas válidas e adequadas não estivesse contida, por sua vez, uma violação do princípio de reciprocidade universal. (...) A aceitabilidade das razões apresentadas pelos participantes do discurso está, portanto, sob a

⁴¹⁸ ALEXY, 2005, op. cit., p.276.

⁴¹⁹ CARNEIRO, 2011, op. cit., p.221.

⁴²⁰ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004, p.365.

resolutiva condição de que também a norma será efetivamente observada por todos.”⁴²¹

Essa adesão decorre tanto de mecanismos institucionalizados, capazes de gerar as decisões e garantir a sua efetivação, como da adesão aos comandos emanados do ato decisório, decorrentes da aceitação (adesão)⁴²² aos seus ditames, do ponto de vista ético. Cabe ressaltar, porém, que “nas sociedades em que o direito apresenta um baixo nível de institucionalização da função jurídica e instrumentos de coerção pouco poderosos, o discurso jurídico tende a caracterizar-se por amplo espaço retórico”⁴²³.

“A intensidade de adesão, visando à ação eficaz, não pode ser medida pelo grau de probabilidade conferido à tese aceita, mas, antes, pelos obstáculos que ação supera, pelos sacrifícios e escolhas que ela acarreta e que a adesão permite justificar. (...) É nessa perspectiva, por reforçar uma disposição para a ação ao aumentar a adesão aos valores que exalta, que o discurso epidíctico é significativo e importante para argumentação.”⁴²⁴

A argumentação, portanto, presume a adesão aos valores imanentes da sociedade, mesmo obedecendo ao ordenamento jurídico válido, e decorrente de um processo institucionalizado, restringindo, assim, o espaço de discricionariedade (arbitrariedade) do julgador, além de outros fatores como a tradição. De sorte, que:

“A decisão, por sua vez, corresponde à própria concretização do fato jurídico, que demanda uma postura historicista. Do mesmo modo que Gadamer aponta para a importância da cultura e da tradição na interpretação das situações históricas, Perelman também traz os precedentes judiciais como pontos de vista já aceitos e, portanto, capazes de legitimar interpretação semelhante para caso semelhante. Tais pontos de vista, por sua vez, referem-se a todo um ambiente

⁴²¹ Idem. Ibidem, p.366.

⁴²² “O objetivo de toda argumentação (...) é provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno.” (PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.50.)

⁴²³ SANTOS, 1988, op. cit., p.57.

⁴²⁴ PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, op. cit., p.55/56.

cultural do qual fazem parte tanto o intérprete quanto o objeto interpretado, constituindo uma verdadeira *situação hermenêutica* (...).⁴²⁵

Mesmo aceitando a importância da retórica e da argumentação, diversamente das críticas vazias, é crucial registrar ser impossível assumi-las como “um mecanismo de convencimento voltado para a “solução” do conflito pura e simplesmente. A pacificação como finalidade social do processo só se concretiza se ela estiver associada à possibilidade de *respostas corretas*”⁴²⁶.

Neste particular a associação entre hermenêutica e teorias argumentativas se faz necessária, para superar o distanciamento “que nos foi legado tanto pelos filósofos que se ocuparam mais de perto com a questão da compreensão hermenêutica, (...) quanto por aqueles que investiram maciçamente no estudo da eficácia das técnicas de argumentação”.

3.3.3. As “Respostas Corretas” na Concepção de Ronald Dworkin

Com a sua tese das “respostas corretas” Ronald Dworkin enfatiza a impossibilidade de álea na interpretação jurídica, tornando-se necessário compreender que “lidamos com sintaxes e que não podemos isolá-la da semântica (por exemplo, a velha cisão fato-norma), e tampouco entender a pragmática como “reserva técnico-hermenêutica” para resolver insuficiências lógico-semânticas”⁴²⁷. Sobre esta questão, ao analisar o pensamento de Dworkin, argumenta Lenio Streck que:

“(...) quando este diz que é possível distinguir boas e más decisões e que, qualquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. Importa acrescentar que Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra a discricionariedade (se se quiser, pode-se chamar isso de “segurança

⁴²⁵ CAMARGO, 2003, op. cit., p.255.

⁴²⁶ CARNEIRO, 2011, op. cit. p. 263.

⁴²⁷ STRECK, op. cit., 2009, p.303.

jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade”⁴²⁸.

Ainda em análise da busca de correição da decisão, contra a discricionariedade, Dworkin sustenta os seguintes argumentos:

“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível dessa estrutura e esse repositório complexos. Do ponto de vista analítico, é útil distinguir os diferentes aspectos ou dimensões de qualquer teoria funcional. Isso incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a qual a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável”⁴²⁹.

Para cumprir difícilíssima tarefa Dworkin cria a metáfora do “juiz Hércules”, imaginando um modelo ideal de juiz capaz de realizar a contento esta “empreitada”, que possui como características fundamentais “capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”⁴³⁰. Estas respostas, advirta-se, não devem ser entendidas como “absolutas” e “unívocas”, numa pretensão universalizante, é como enfatiza o próprio Dworkin: “são as respostas que, no momento, me parecem as melhores”⁴³¹.

Críticas não faltaram a esta posição, sendo Dworkin, e o seu “juiz Hércules”⁴³², acusados de “solipsista”⁴³³, e tão discricionário quanto o julgador

⁴²⁸ Idem. Ibidem, p.303.

⁴²⁹ DWORKIN, op. cit., 2003, p. 305.

⁴³⁰ Idem. Ibidem, p.287.

⁴³¹ Idem. Ibidem, p.287.

⁴³² “O “juiz Hércules” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir “erros”. Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, “do modo como é exigido pela equidade””.(HABERMAS, op. cit., 1997, p.263)

⁴³³ “Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que *Dworkin* não transforma o seu “juiz Hércules” em *um juiz solipsista* e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos

que ele combate (como a do jurista norte-americano Frank Michelman), que não parecem, todavia legítimas. Busca Dworkin, em verdade, um ponto de referência contra a discricionariedade, que deve ultrapassar as tradições jurídicas consuetudinárias, e “esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: *metodicamente*, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e *conteudisticamente*, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente”⁴³⁴.

Na defesa do pensamento dworkiano, Jürgen Habermas sustenta que:

“O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. (...) Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma “interpretação construtiva” que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou a um fim”⁴³⁵.

Deve-se, por último, compreender que a busca da “resposta correta” é uma metáfora, quer dizer: “um motor imóvel que nos empurra para o acerto”⁴³⁶. Acertar, então, é uma possibilidade, mas não existem garantias categóricas que se está certo. Em feliz síntese sobre esta constatação, Wálber Carneiro conclui que:

“(...) se levarmos em conta a existência de um pano de fundo que sustenta *como hermenêutico* a nossa compreensão de mundo e se essa linguagem é condição de possibilidade para o resgate da razão moral-prática, não podemos admitir que haja, independente das dificuldades que iremos enfrentar no desvelamento de sentido, mais de uma *resposta correta* para um mesmo *problema*. A divergência sobre a correta solução de um caso que, até certo ponto, torna-se insolúvel, não pode ser

prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipcista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura”. (STRECK, op. cit., 2009, p. 447)

⁴³⁴ HABERMAS, op. cit., 1997, p.260.

⁴³⁵ Idem. Ibidem, p.260-261.

⁴³⁶ CARNEIRO, op. cit., 2011, p.272.

considerada razão pela qual deveríamos abandonar a idéia de *resposta correta*⁴³⁷.

A busca da “resposta correta” é difícil tarefa para o intérprete, mas necessária, e não se pode desistir do “jogo” antes de jogá-lo, mas, para isso, como anteviu Ronald Dworkin, demandar-se-á uma tarefa “hercúlea”, para a qual somente se logrará êxito indo além dos limites propostos pela “standardização” de uma cultura jurídica atrasada e epistemologicamente “pobre”, como tem acontecido no Brasil, a ser alcançada com a ajuda da Filosofia **no** Direito.

Dworkin defenderá, ainda, a necessidade de preservação da integridade do sistema nesse processo. A ideia de integridade para Dworkin, por sua vez, “serve como um veículo para a “transformação orgânica” do conjunto de normas públicas presentes no sistema a partir do reconhecimento da importância dos princípios”⁴³⁸.

“A busca pela *integridade* do direito em Dworkin não representa um espaço discricionário em que o julgador deverá encontrar uma justificativa pessoal para decidir um caso que não possui resposta no sistema, uma vez que o princípio que deve ser buscado para fundamentar uma decisão não está, como pensou Hart, à disposição do intérprete”.⁴³⁹

As teorias pós-positivistas, como o neoconstitucionalismo, que enaltecem a existência de normas principiológicas no sistema jurídico, promovendo a “reconciliação” entre a moral e o direito, em superação ao paradigma positivista, trouxe a falsa impressão de que se estava fazendo um convite para decisões metafísicas, desconectadas, portanto, do plano físico, permitindo uma postura discricionária, e reificando o ativismo judicial; ledô engano!

Dworkin apresenta a sua teoria, e a crítica imanente, de que é necessário buscar a integridade no processo de interpretação, notadamente defendendo que o processo não é subjetivo, portanto, individual do juiz, mas há necessidade de uma interação intersubjetiva, vez que a decisão é da sociedade. Nas palavras do próprio Dworkin, “uma sociedade política que aceita a integridade como virtude

⁴³⁷ Idem. Ibidem, p.272.

⁴³⁸ CARNEIRO, op. cit., p.267.

⁴³⁹ Idem. Ibidem, p.267.

política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio da força coercitiva”⁴⁴⁰.

“A integridade (...) insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania”.⁴⁴¹

Conclui-se, dessa forma, que a integridade exige que o conteúdo moral de um princípio não seja considerado a partir de uma concepção individualizada, mas considerada a partir do fato de que vivemos com o outro.⁴⁴² A partir dessa compreensão se alcança a força normativa dos princípios em Dworkin.

“Para a superação do *voluntarismo hermenêutico* que caracteriza o normativismo, será necessário conceber o Direito como um sistema de *regras e princípios*, dotado de *integridade*, e não como um mero sistema de normas, inapto a abarcar toda a variada e complexa realidade social. Seu esforço será o de defender um ativismo judicial construtivo, pautado por argumentos racionais e controláveis, que não descambe para uma versão autoritária do *governo de juízes*”.⁴⁴³

Dworkin sustenta, então, o argumento de que é possível defender a existência de um maior preparo por parte dos magistrados para conferirem “respostas corretas” (bem como a própria existência destas), do que os legisladores ou a massa de cidadãos que elegeram os legisladores⁴⁴⁴.

Acrescente-se, também, que dificilmente o legislativo “tomará uma decisão contrária a um setor influente politicamente, já o Judiciário não tem essa pressão direta, tendo em vista que os setores da sociedade não podem “se vingar” do juiz, não votando nele”⁴⁴⁵, o que define a defesa do importante papel do Poder Judiciário na garantia do Estado Democrático de Direito, sem que esse,

⁴⁴⁰ DWORKIN, 2003, op. cit., p.228.

⁴⁴¹ Idem. Ibidem, p.230.

⁴⁴² CARNEIRO, op. cit., p.268.

⁴⁴³ BINENBOJM, op. cit., p.75.

⁴⁴⁴ SAAVEDRA, op. cit., p.92.

⁴⁴⁵ Idem. Ibidem, p.92/93.

todavia, gere insegurança para a sociedade, demandando a persecução do conceito de *segurança jurídica*.

3.4 A BUSCA POR UMA DEFINIÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

A busca pela definição de segurança⁴⁴⁶ jurídica parte da constatação da existência de um *estado de insegurança*, o seu *contravalor*, o seu oposto, uma vez que o “nível de insegurança jurídica assumiu um grau nunca antes alcançado. Os termos “complexidade”, “obscuridade”, “incerteza”, “indeterminação”, “instabilidade” e “descontinuidade” do ordenamento jurídico servem para ilustrar tal momento”⁴⁴⁷.

A complexidade das relações, decorrentes dos avanços técnicos e tecnológicos, aliada à existência de enorme diversidade de interesses, motiva os seres humanos a perseguirem cada vez mais o ideal de *segurança*, nessa busca, todavia, paradoxalmente o que ocorre é que o ser humano sente-se cada vez mais inseguro⁴⁴⁸.

A vida em sociedade torna-se insegura, devido ao conjunto de elementos instáveis (endógenos e exógenos) que fazem parte de sua realidade, e a “sociedade de risco” é, assim, imprevisível. “É devido à falta de previsibilidade que se tenta buscar no direito o mínimo de segurança jurídica necessário para a convivência harmoniosa em sociedade”⁴⁴⁹.

“A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana. O respeito à dignidade abrange o tratamento do homem como pessoa capaz de planejar o seu futuro. O homem é um ser

⁴⁴⁶ “Emprega-se a palavra “segurança” no sentido da busca do homem em se proteger contra ameaças externas (segurança externa, física ou objetiva), como ocorre no caso em que o homem pretende ficar protegido contra a violência, o crime ou a dor. (...) Utiliza-se também a palavra “segurança” no sentido da procura por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade (segurança interna, psicológica ou subjetiva), a exemplo do que se suscita na hipótese em que o homem deseja atingir um estado de tranquilidade emocional diante da realidade.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.115)

⁴⁴⁷ Idem. Ibidem, p.53.

⁴⁴⁸ “A proliferação dos riscos aparece aqui estreitamente ligada à promoção da modernidade. Ulrich Beck dá o nome de “sociedade de risco” à sociedade moderna compreendida em sua dimensão essencial: não é mais o progresso social, mas um princípio geral de incerteza que comanda o futuro da civilização. É fazer da insegurança o horizonte intransponível da condição do ser humano moderno. O mundo não é mais do que um vasto campo de riscos, “a Terra tornou-se um assento ejetável””. (CASTEL, Robert. **A Insegurança Social: O que é ser protegido?** Petrópolis/RJ: Vozes, 2005, p.60)

⁴⁴⁹ MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Teoria Geral do Direito: Segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.20.

orientado para a ação futura, que procura, no seu agir, estabilizar o futuro. A garantia da dignidade engloba, pois, o respeito da autonomia individual do homem.⁴⁵⁰

A partir desta introdução a primeira conclusão que se pode extrair é que a ideia de segurança jurídica está atrelada à busca pela estabilização de expectativas e pretensões que confere harmonia e previsibilidade às relações sociais⁴⁵¹. É, portanto, uma forma de evitar a imprevisibilidade, de conter a insegurança, gerada pelos riscos sociais, por intermédio do sistema jurídico, em suma é a busca da estabilidade na vida social. Note-se que *segurança jurídica* é uma espécie do gênero *segurança social*.

A busca de *certeza* torna-se um dos objetivos centrais da garantia da *segurança jurídica*, entendida aquela como “a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência das suas próprias ações”⁴⁵².

A *certeza*, nessa concepção, implica na capacidade que o cidadão passa ter para prever e medir as consequências jurídicas de seus atos, aumentando a condição deste traçar as linhas de ação, relativamente aos seus interesses e àquilo que pretende fazer e executar na sua vida.⁴⁵³

Nesse sentido, o ideal de *certeza extraído da segurança jurídica* estabelece a previsibilidade que o cidadão passa ter devido o conhecimento das normas, mais especificamente “à certeza contedutística da norma e à previsibilidade exata das consequências a serem atribuídas aos atos praticados”⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ ÁVILA, 2014, op. cit., p. 78.

⁴⁵¹ “Certeza é a sensação mais essencial da segurança. Tradicionalmente, quem afirma ter certeza de algo busca a resignação de estar tranquilo quanto aos *fundamentos* de um fenômeno e, também, quanto aos *efeitos* que se pode esperar daquela mesma ocorrência. Em outros termos, certeza é, sobretudo, *previsibilidade em medida razoável*.” (HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **A Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Acerca da Segurança Jurídica nos 25 Anos da Constituição Federal de 1988**. in *Teses da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, p.46.

⁴⁵² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias**. In *Revista de Direito Tributário*. n.17/18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.51.

⁴⁵³ GOMETZ, Gianmarco. **La Certeza Giuridica come Prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 229.

⁴⁵⁴ ÁVILA, 2014, op. cit, p.182.

Essa noção de certeza, por sua vez, traduz uma ideia de caráter absoluto, de sorte que, em outro sentido a concepção de *determinabilidade*, traduz uma aceção de *relatividade*, “como a possibilidade de o cidadão conseguir prever, com alto grau de determinação, o conteúdo das normas materiais e procedimentais a que está e a que estará sujeito”⁴⁵⁵, é a determinabilidade contedística da norma.

Diversas são, portanto, as concepções e possibilidades para a definição do tema, para objetivar a análise da matéria, adotar-se-á, inicialmente, o conceito de *segurança jurídica* como:

“(...) o conjunto de mecanismos normatizados, associados a outros constantes de um ordenamento jurídico, cujos objetivos centrais são manter o que já se conquistou (estabilidade do direito) e racionalizar a forma de mudança do que já foi conquistado (previsibilidade específica). Segurança jurídica, pois, é o resultado da atuação jurídica que busca consolidar ganhos e controlar alterações com vistas a projetar no futuro a certeza (ou sua maior medida) do conforto.”⁴⁵⁶

Como consequência dessa noção acima trabalhada, os cidadãos passam a ter confiança ao estabelecerem relações na convivência social, uma vez que a ordem jurídica instituída (sistema jurídico), por intermédio de seu conjunto normativo vigente e válido, prevê efeitos jurídicos, gerando, portanto, uma previsibilidade do que ocorrerá diante de determinados comportamentos adotados⁴⁵⁷, o que, por sua vez, gera uma estabilização de expectativas e assegura a proteção da confiança social⁴⁵⁸.

É preciso salientar, todavia, que essa busca de *estabilização de expectativas* e *previsibilidade*, era, inicialmente, uma exigência do sistema capitalista, como assevera J. J. Gomes Canotilho, ao explicar que:

“A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes

⁴⁵⁵ Idem. Ibidem, p.183.

⁴⁵⁶ HIRSCH, op. cit., p.47.

⁴⁵⁷ “A segurança jurídica dos direitos subjetivos consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.” (SILVA, 2014, op. cit., p.491)

⁴⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.257.

intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito.”⁴⁵⁹

Esse fato, porém, não anula a importância da sedimentação da *segurança jurídica* como princípio basilar do sistema jurídico a partir da modernidade, pois tem como objetivos “preservar e efetivar os valores consignados no princípio do Estado Democrático de Direito, entremostrando-se como instrumento de garantia e efetividade dos direitos fundamentais”⁴⁶⁰.

Há, portanto, um entrelaçamento entre *segurança jurídica* e *direitos fundamentais*, especificamente no que diz respeito à efetividade deste, uma vez que “a dimensão garantística é mais acentuada nas formas de *segurança jurídica*, porque aí a segurança se apresenta como meio de assegurar o exercício de algum direito individual em face do Poder Público”⁴⁶¹.

Segurança jurídica, assim, é conceito de amplitude, que comporta diversas funções, como assevera Luís Roberto Barroso:

“No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;

2. a confiança nos atos do Poder Público, que se deverão reger pela boa-fé e pela razoabilidade;

3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;

4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;

5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.”⁴⁶² (grifos inautênticos)

⁴⁵⁹ Idem. Ibidem, p.109.

⁴⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.702.

⁴⁶¹ SILVA, op. cit., p.501/502.

⁴⁶² BARROSO, Luís Roberto. “**Recurso Extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**”. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Volume III, disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso->

Para efeito de desenvolvimento argumentativo dessa pesquisa, possuem grande importância os pontos 1 e 4, destacados na transcrição supra, uma vez que no próximo capítulo será feita a defesa da necessidade de *segurança jurídica*, por intermédio da legalidade, para determinar a previsibilidade das condutas que devem ser seguidas, bem como suas consequências, na tipificação da improbidade administrativa por violação de princípio.

Ainda sobre o sentido de *segurança jurídica*, importante salientar que há quem defenda se tratar de um *fato*, como se pode depreender da posição adotada por Ricardo García Manrique⁴⁶³, ao defender que se trata de uma técnica destinada a obter um certo grau de previsibilidade dos comportamentos humanos, assim o Direito somente é tecnicamente apropriado para a consecução de determinados fins, notadamente a previsibilidade das condutas em sociedade, o que torna previsível os acontecimentos, que não o seriam se não fosse a intervenção do Direito.

A segurança jurídica é vista, dessa forma, como um fato, negando, portanto, a sua dimensão axiológica-normativa, e que esta perspectiva teria sido apenas um mecanismo para encontrar um critério objetivo que justificasse a obrigação de obediência ao Direito, uma vez que se vive em tempos de império do relativismo jurídico. Nega, assim, a relevância da *segurança jurídica* como um valor de relevância jurídica a ser tutelado pelo Direito.⁴⁶⁴

Acontece que, a adoção da definição da *segurança jurídica* como fato⁴⁶⁵ não anula a sua dimensão axiológica, uma vez que como fato a “sua caracterização não implica na inexistência de uma expressão da segurança

extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal/. Acesso em 28/04/2016.

⁴⁶³ MANRIQUE, Ricardo García. **En torno de la libertad, la igualdad, y la seguridad como derechos humanos básicos (acotaciones a Liborio Hierro)**. In DOXA n.23, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/en-torno-a-la-libertad-la-igualdad-y-la-seguridad-como-derechos-bsicos--acotaciones-a-liborio-hierro-0/0076a9ba-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>. Acesso em 29/04/2016, p.388.

⁴⁶⁴ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.45.

⁴⁶⁵ “A análise desta dimensão fática, entretanto, ressalta duas características fundamentais da segurança jurídica, que são: uma, a impossibilidade de plena implementação da segurança jurídica exclusivamente pelo Direito, existindo fatores alheios às instituições jurídicas de extrema relevância para sua consolidação enquanto fato, (...); duas, a necessária correlação fato-valor-norma para uma correta compreensão da segurança jurídica.” (Idem. Ibidem, p.46)

jurídica enquanto valor e enquanto norma”⁴⁶⁶. A *segurança jurídica*, portanto, é “um atributo que convém tanto às normas jurídicas quanto à conduta humana, fulcrada em normas jurídico-positivas; normas asseguradoras desse valor”⁴⁶⁷.

A noção de *segurança jurídica*, diante da sua funcionalidade na vida social, para efeito da posição adotada nesta pesquisa, é importante reforçar, está relacionada à noção de valor fundamental do sistema jurídico, de sorte que “a sua violação compromete toda instituição que o transgride, ao trair a *confiança* geral, cimento das civilizações, e a *boa-fé* dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica”⁴⁶⁸.

Para efeito de objetivar o problema, então, adotar-se-á nesta tese o conceito fixado por Fábio Periandro, inspirado em trabalho de Hector Villegas⁴⁶⁹, ao definir segurança jurídica como “a suscetibilidade da previsão objetiva pelos particulares de suas próprias situações jurídicas, de modo tal que possam ter uma precisa expectativa de seus direitos e deveres, dos benefícios que lhes serão outorgados e dos ônus que haverão de suportar”⁴⁷⁰.

Curial, ainda, registrar a relação entre *segurança jurídica* com dois outros importantes valores, quais sejam: *liberdade e igualdade*.

A busca pelo ideal de *segurança jurídica* tem como um de seus objetivos fulcrais a preservação da liberdade⁴⁷¹ dos seres humanos na vida em sociedade, uma vez que:

⁴⁶⁶ Idem. Ibidem, p.46.

⁴⁶⁷ BORGES, José Souto Maior. **O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. in. **Revista de Direito Tributário**, n.63, São Paulo: Malheiros, 1994, p.206.

⁴⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.275.

⁴⁶⁹ VILLEGAS, Hector B. “Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo”. in. **Revista de Direito Tributário**, nº 66, São Paulo: Malheiros, p. 07/08.

⁴⁷⁰ HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **Direito adquirido a regime jurídico: confiança legítima, segurança jurídica e proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público**. Salvador: Tese de Doutorado (UFBA), 2012, p.32.

⁴⁷¹ “O conteúdo moderno da liberdade compreende os direitos de todo homem de exercer suas atividades civis, intelectuais e morais; o direito de ir e de vir; de não ser detido arbitrariamente; a inviolabilidade do domicílio; o direito de praticar qualquer religião; o direito de se associar; o direito de petição; o direito de tomar parte na organização e no exercício do poder político; o direito de votar e ser votado; direito à independência econômica; etc.” (SILVA, 2014, op. cit., p.482.). “(...) o direito geral de liberdade pode, para além da proteção de ações, ser estendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais. Portanto, esse direito não protege apenas o seu “fazer”, mas também o seu “ser” fático e jurídico. Somente após essa

“A frustração da confiança do cidadão na realização do direito é, na essência, um atentado à liberdade, no seu sentido mais amplo e importante: o de que o homem, enquanto ser livre, não age no atendimento de uma função; e quando exercita suas grandes opções de vida, na orientação dessa, não tem comprometimento finalístico.

Se, feita uma opção legítima em face do direito posto, interpretado, revelado, executado, cumprido e aplicado, pudesse, futuramente, ser tida como ilícita, ou ser desfeita, não mais haveria segurança, nem, conseqüentemente, liberdade, mas dependência, sujeição, risco. O cidadão voltaria a ser súdito.”⁴⁷²

Os ideais de *confiabilidade, calculabilidade, certeza e determinabilidade*, decorrentes da noção de *segurança jurídica*, funcionam como pressupostos para a eficácia do *princípio da liberdade*, pois “sem um ordenamento jurídico cognoscível, confiável e calculável não se pode minimamente exercer com autonomia os direitos patrimoniais de liberdade, nem exercer a liberdade de autodeterminação”⁴⁷³.

A noção de *igualdade*⁴⁷⁴, por sua vez, relacionada ao *princípio da segurança jurídica*, corresponde a um atributo que “diz respeito não ao conteúdo, mas ao **destinatário** das normas, garantindo segurança a norma que obedece ao princípio da isonomia”⁴⁷⁵. Complexa a formulação da noção de *igualdade* como um valor do sistema jurídico, como leciona Robert Alexy:

“As leis devem ser executadas sem considerações especiais. Nos detalhes, o dever de igualdade na aplicação da lei apresenta uma estrutura complicada, por exemplo quando exige a elaboração de regras vinculadas ao caso concreto, seja para a precisa determinação de

ampliação é que o direito geral de liberdade se torna um direito exaustivo à liberdade geral contra intervenções.” (ALEXY, 2008, op. cit., p.344.)

⁴⁷² FERREIRA, Sérgio de André. **O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais**. In Revista Forense, v.334. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.191.

⁴⁷³ ÁVILA, 2014, op. cit., p.234.

⁴⁷⁴ “O preceito magno da igualdade, corno já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.9). “(...) las personas son iguales en su dignidad y, por tanto, tienen que ser tratadas igualmente en función de dicha dignidad; (...) todas las personas merecen la titularidad de un cierto conjunto de derechos (los derechos humanos). El caso es que, en tanto teoría de la justicia, la teoría de los derechos humanos es, en el sentido indicado, una teoría necesariamente igualitaria.” (MANRIQUE, 2000, op. cit., p.384)

⁴⁷⁵ FERRAZ JR., 1981, op. cit., p.51.

conceitos vagos, ambíguos e valorativamente abertos, seja para o exercício de discricionariedade. No seu núcleo, contudo, esse dever é simples. Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas.”⁴⁷⁶ (grifo inautêntico)

Dentre as funções do *princípio da igualdade* destacou-se na transcrição acima a busca de determinabilidade e certeza, concretizada pela diminuição de espaço para a realização de interpretações discricionárias, decorrente da redução de vagueza, de ambiguidade, ou até mesmo a anulação de valores *abertos*, mediante o tratamento isonômico que deve decorrer da aplicação do sistema jurídico.

Este é exatamente um dos vetores dessa tese, e especificamente desse capítulo, discutir a necessidade de controle da discricionariedade do intérprete, no que diz respeito à interpretação/aplicação de princípios, diante da *abertura* desta espécie normativa, cumprindo o *princípio da igualdade*, portanto, importante papel sistêmico ao impor a delimitação da norma, para evitar que a sua interpretação promova uma aplicação desequilibrada, ou seja não isonômica, ao apreciar os casos concretos.

A imposição de tratamento isonômico decorre do próprio texto constitucional pátrio, seja no preâmbulo, seja como um direito fundamental, art. 5º, *caput*, da Constituição federal de 1988, ou de outros preceitos da *lex legum* (e.g. art. 3º, III e IV, art. 5º, XXXIII e LXXIV, art. 150, II).

O *princípio da igualdade* “é um dos sustentáculos da segurança jurídica, na medida em que a garantia de igualdade faz com que a lei seja aplicada a todos, bem como garante a tutela dos indivíduos em condições especiais”⁴⁷⁷.

A aplicação do *princípio da igualdade* permite que se busque um tratamento dispensado pelo sistema jurídico extensível a todos os cidadãos, a partir da fixação da certeza e da confiança que a *segurança jurídica* confere ao ordenamento. É, indubitavelmente, uma das facetas de uma democracia,

⁴⁷⁶ ALEXY, 2008, op. cit., p.394.

⁴⁷⁷ VAINER, Bruno Zilberman. **Aspectos Básicos da Segurança Jurídica.** In Revista de Direito Constitucional e Internacional. n.56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.19.

uniformizar e dar certeza ao tratamento dispensado pelo Direito aos seres humanos⁴⁷⁸.

Após estabelecer o conceito de segurança jurídica, é preciso perquirir acerca de seu *status normativo*, ou seja, compreender dogmaticamente como o sistema jurídico recepciona/incorpora esse valor normativamente.

3.5 A NATUREZA NORMATIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a *segurança* encontra-se positivada como um *direito natural e imprescritível* dos seres humanos⁴⁷⁹. Previsto, portanto, em um dos mais importantes documentos consagradores de Direitos Humanos, do mundo ocidental. Ademais, “o direito à segurança de direitos, fundamentado no reconhecimento da dignidade humana, já está previsto, ainda que implicitamente, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948”⁴⁸⁰.

Essa breve referência histórica, todavia, não é suficiente para compreender a natureza normativa conferida pelo sistema jurídico pátrio para *segurança jurídica*.

No caso brasileiro, então, a primeira referência à segurança encontra-se no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao definir que o Estado Democrático de Direito é “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos**”⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ “(...) a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. *Praeter legem*, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe.” (MELLO, 2010, op. cit., p.45.)

⁴⁷⁹ Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

⁴⁸⁰ PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela. **Segurança jurídica e Direitos Humanos: O Direito à Segurança dos Direitos**. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança jurídica: Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.48.

⁴⁸¹ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Diante da existência de antiga controvérsia acerca da posição normativa do preâmbulo, adota-se nesta tese o entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, ao defender que “os princípios introduzidos em preâmbulo possuem idêntica eficácia à dos princípios adscritos no texto principal de uma constituição”⁴⁸², ou seja, são normas constitucionais de natureza principiológica, pois definem valores primordiais para o Estado.

Humberto Ávila identifica uma série de passagens da Constituição Federal de 1988 nas quais está presente a noção de *segurança jurídica* (art. 1º, art. 5º, II, art. 150, I, art. 150, III, “a” e “b”⁴⁸³). É comum nos estudos sobre o tema, a referência ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988⁴⁸⁴, como o dispositivo que consagra o *princípio da segurança jurídica*, na ordem constitucional pátria, todavia:

“(...) nossa opinião é a de que são numerosos os dispositivos constitucionais que evidenciam a presença marcante do princípio da segurança jurídica na Constituição Federal, constituindo o inciso supracitado um dos muitos exemplos da presença da segurança jurídica na Carta Política (...).”⁴⁸⁵

Seguindo a linha de *abertura* do nosso sistema constitucional, no tocante às liberdades fundamentais, com fulcro no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, vale ressaltar que o *princípio da segurança jurídica* e os *direitos fundamentais* arrolados pelo legislador Constituinte não “esgotam o elenco de possibilidades quando se cuida de delimitar o âmbito de proteção de um direito à segurança jurídica, à luz do sistema constitucional brasileiro”⁴⁸⁶.

De forma expressa, porém, é possível encontrar menção clara e explícita no art. 2º, da Lei nº 9.784/1999, que elenca entre os princípios aplicáveis à

⁴⁸² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.177.

⁴⁸³ ÁVILA, op. cit., 2014, p.47/48.

⁴⁸⁴ Art. 5º (...): XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (Constituição Federal de 1988)

⁴⁸⁵ VAINER, 2006, op. cit. p.8.

⁴⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança jurídica: Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.91/92.

Administração Pública o da *segurança jurídica*⁴⁸⁷, além das Leis nº 9.868/99 (art. 27)⁴⁸⁸ e 9.882/99 (art. 11)⁴⁸⁹, que possibilitam o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental), por motivo de manutenção da *segurança jurídica*.

Assim, resta clara a previsibilidade normativa da *segurança jurídica* no sistema jurídico pátrio, sendo, porém, necessário estabelecer, para efeitos didáticos, uma definição de partida para discussão do tema. Dessa forma, será adotada nessa tese a posição firmada por Humberto Ávila, nos seguintes termos:

“No presente trabalho a segurança jurídica é examinada primordialmente na qualidade de norma jurídica da espécie “princípio”, isto é, como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade.”⁴⁹⁰

Assume, assim, *segurança jurídica* uma natureza jurídica normativa, na condição de norma principiológica, que decorre de fatores sistêmicos, que se valem, por sua vez, de modo racional e objetivo, da ideia de *certeza do direito*, com uma destinação específica, qual seja: “coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”⁴⁹¹.

Tem-se, assim, o *princípio da segurança jurídica*, uma norma jurídica que não é direcionada deontologicamente para prescrição de condutas (permitidas,

⁴⁸⁷ Lei nº 9.784/1999: Art. 2º. **A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da** legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência. (grifo inautêntico)

⁴⁸⁸ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴⁸⁹ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴⁹⁰ Idem. Ibidem, p.126.

⁴⁹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.199/200.

proibidas e obrigadas), porém como um “juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico”⁴⁹².

O princípio da segurança jurídica, nessa dimensão, define uma concepção *juspositivista*⁴⁹³, pois se trata de Direito posto⁴⁹⁴. Essa é, todavia, uma concepção *juspositivista* argumentativa, portanto pós-positivista, como adverte Humberto Ávila, ao sustentar que:

“(…) se, de um lado, defende a segurança jurídica como dever decorrente do Direito posto, de outro, sustenta que a sua realização depende da reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas, não advindo da mera descrição imparcial de significados externos ao sujeito cognoscente.”⁴⁹⁵

Como dito no início deste tópico, uma norma direcionada para a atuação dos três Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), que estão, portanto, condicionados, limitados, na sua atuação, ou seja, estão vinculados, vedados, assim, de agir de forma a gerar um estado de *insegurança*.

Exemplo dessa concepção encontra-se no julgado do Supremo Tribunal Federal, a seguir transcrito:

“O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade

⁴⁹² ÁVILA, op. cit., 2014, p.123.

⁴⁹³ Tem sido muito comum confundir a *norma positivada*, portanto o direito posto, com as *correntes positivistas* do pensamento jurídico. Esse é um equívoco que faz com que muitos profissionais do Direito rechacem a aplicação do *direito posto*, em muitos casos, utilizando-se da crítica às *correntes positivistas*. A *norma positivada* é extremamente importante na regulação dos comportamentos sociais, e **deve** ser aplicada, esse é o papel do profissional do Direito, aplicar as *normas positivadas*, ou seja, aplicar o *direito posto*. O que se defende nesta pesquisa não é um retorno às teorias positivistas do Direito, mas uma valorização da *norma positivada*, diante do seu próprio papel de conferir *segurança social pelo Direito*, diante do prévio conhecimento que a sociedade deve ter do ordenamento jurídico.

⁴⁹⁴ “(…) a segurança jurídica enquanto valor imanente ao ordenamento jurídico (...) é sob este (...) aspecto matéria de direito posto. Valor contemplado e consignado em normas de Direito Positivo.” (BORGES, op. cit., 1994, p.206.). “Diz-se, assim, que a segurança depende de normas capazes de garantir o chamado **câmbio de expectativas**. (...) a segurança jurídica exige a positividade do direito: se não se pode fixar o que é justo, ao menos que se determine o que é o jurídico.” (FERRAZ JR., op. cit., p.51)

⁴⁹⁵ ÁVILA, op. cit., 2014, p.124.

das instituições da República restarão profundamente comprometidas.”⁴⁹⁶ (grifo inautêntico)

O Poder Judiciário assumindo a necessidade de respeitar o *princípio da segurança jurídica*, com o escopo claro de preservar a estabilidade do sistema jurídico, bem como conferir estabilidade às relações jurídicas no Estado Democrático de Direito. Essa mesma vinculação aplica-se aos Poderes Executivo e Legislativo.

Ante o exposto, pode-se inferir que:

“A segurança jurídica constitui um dos princípios mais importantes de um Estado de Direito. Isso porque um Estado submetido a leis, e criado por meio de uma Constituição Federal, tal como o Estado brasileiro, deveria gerar um mínimo de confiança por parte dos cidadãos em seu ordenamento jurídico.”⁴⁹⁷

O *princípio da segurança jurídica*, além desta tarefa, assume uma outra importante função, como parte integrante do catálogo de direitos fundamentais com assento no texto constitucional pátrio, como já foi asseverado anteriormente, conforme lecionam Flávia Piovesan e Daniela Ikawa, ao afirmarem que:

“A ideia de um direito à segurança de direitos se centra na própria ideia de dignidade, na ideia de que existem certos direitos fundamentais, que, embora construídos historicamente, fundamentam-se em um valor intrínseco ao ser humano: a dignidade. Nesse sentido, o direito à segurança de direitos perfaz um direito ao não retrocesso, um direito à preservação de direitos já reconhecidos institucionalmente, um direito ao universalismo atemporal de direitos.”⁴⁹⁸

Resta evidenciado, que o *princípio da segurança jurídica* na qualidade de norma definidora de direito fundamental está voltado à proteção de interesses individuais em face do Poder Público⁴⁹⁹, como legítimo direito de primeira geração

⁴⁹⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI/MC 2.010, rel. Min. Celso de Mello, j.30.09.1999, DJU 12.04.2002.

⁴⁹⁷ VAINER, op. cit., p.9.

⁴⁹⁸ PIOVESAN e IKAWA, 2009, op. cit., p.48.

⁴⁹⁹ GARCIA, Emerson. **O Direito Comunitário e o Controle do Poder Discricionário pela Justiça Administrativa.** In GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade Administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.250.

ou dimensão (liberdade) capaz de impor limites à ação estatal, proteger o cidadão contra as arbitrariedades e abusos do Estado⁵⁰⁰.

Dando seguimento à investigação da natureza normativa do *princípio da segurança jurídica*, importante posição é aquela que o identifica como um *sobreprincípio*, como Paulo de Barros Carvalho, ao afirmar que:

“A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, e outros mais. (...) Bastaria instituir os valores que lhe servem de suporte, os princípios que, conjugados, formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança.”⁵⁰¹

Essa categoria *sobreprincípio*, entendido como princípios de natureza superior, devido a sua fundamentalidade para o sistema jurídico, é trabalhada também como *princípios gerais do direito constitucional*⁵⁰², significando aqueles que consagram valores de toda a ordem jurídica de um Estado constitucionalmente formado. Essa categoria de princípio incorpora outros valores normativamente previstos como *princípios jurídicos*, como é o caso da *segurança jurídica*.

Como consequência da caracterização da *segurança jurídica* como *sobreprincípio*, “é possível dizermos que não existirá, efetivamente, aquele valor

⁵⁰⁰ Sabe-se que esta não é a única dimensão do *princípio da segurança jurídica*, enquanto direito fundamental, pois também “o art. 6º inclui a segurança como espécie de direito social”, o que necessariamente demanda perceber o *valor segurança*, também, como recepcionado pela segunda dimensão ou geração dos direitos fundamentais. Estatui-se, dessa forma, no sistema constitucional pátrio uma dimensão de “segurança social”, que “significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais”. (SILVA, José Afonso da. **Constituição e Segurança jurídica**. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança jurídica: Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.23.)

⁵⁰¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Tributo e Segurança jurídica**. In LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.360.

⁵⁰² Vide SILVA, 2014, op. cit., p.651 e segs.; e FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 50 e segs.

sempre que os princípios que o realizem forem violados”⁵⁰³, ou seja, a preservação do *princípio da segurança jurídica* consiste na proteção de outros valores, de outros princípios, como a liberdade, a igualdade e a legalidade.

Até este momento já se trabalhou o *princípio da segurança jurídica*, por exemplo, como informador dos princípios da *liberdade* e da *igualdade*. Já se suscitou, também, mesmo que ainda de forma perfunctória, que o *princípio da segurança jurídica* está relacionado ao *princípio da legalidade*, sendo, porém, necessário um aprofundamento sobre a temática devido sua relevância para o objeto central dessa tese.

3.6 A SEDIMENTAÇÃO DA LEI E DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO COROLÁRIOS DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O Direito na sua matriz ocidental deriva de duas tradições: o *common law*⁵⁰⁴ e o *civil law*⁵⁰⁵. A matriz do Direito Continental Europeu, *civil law*, ou ainda romano-germânica, teve prevalência no Brasil⁵⁰⁶, pois se tratando de tradição não significa que permanecemos vinculados às mesmas ideias originárias desta

⁵⁰³ CARVALHO, 2003, op.cit., p.363.

⁵⁰⁴ “O *common law* é um sistema jurídico velho de um milênio, remontando ao tempo da conquista normanda de 1066, passando pela dinastia Tudor (1485), época em que sua aplicação se dava de forma itinerante através dos condados do reino ou mesmo sediada em Londres, nas Cortes Reais.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.199.). “(...) embora os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* – isto é, a eficácia vinculante dos precedentes – tem sustentação especialmente na igualdade, na coerência e na estabilidade da ordem jurídica e na previsibilidade. Ainda que seja costume pensar o *stare decisis* como aspecto indissociável do *common law*, a verdade é que o primeiro surgiu no curso do desenvolvimento do segundo para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.17.) (grifo inautêntico)

⁵⁰⁵ Sobre o *civil law*, importante registrar que “caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.” (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.141/142.). “A tradição do *civil law* baseia-se em dogmas, próprios à Revolução Francesa, que negam postulados que paulatinamente foram sendo estabelecidos durante a transformação da realidade social e do conteúdo dos Estados de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei.” (MARINONI, 2011, op. cit., p.17).

⁵⁰⁶ Sobre a origem do Direito brasileiro, importante anotar que: “O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente).” (DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 1**. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.59.)

matriz. Há uma nítida evolução do Direito, em nível global, que fez com que essas tradições cada vez mais se aproximassem para estabelecer novos paradigmas.

“A contraposição entre *common law* e *civil law* cedeu lugar à ideia de que estes sistemas constituem dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental. Mas o *civil law* e o *common law*, tendo surgido em circunstâncias políticas e culturais diferentes, fizeram surgir tradições jurídicas particulares, caracterizadas por institutos e conceitos próprios.”⁵⁰⁷

Dentre essas características peculiares, para o *direito romano-germânico*, está a valorização da *legislação*⁵⁰⁸ como primordial *fonte do direito*⁵⁰⁹, consagrada, entre outros fatos, pela adoção do *référé législatif*, instituído pela Lei de 16-24 de agosto de 1790, na França, que convidava “os juízes a se dirigirem ao Corpo legislativo todas as vezes que tiverem dúvidas quanto à interpretação da lei”⁵¹⁰. A *legislação* produzida pelo Estado, então, no pós-revolução francesa assume papel central para a determinação do Direito, considerando a tradição do *civil law*.

“Ideias correntes como as de norma, ordenamento, sistema provêm em suma, em seu uso extenso e em seu conteúdo, desse predomínio positivo da *lei escrita*, desse *legalismo* desenvolvido nos últimos tempos. Legalismo comprometido em grande parte com o *estatalismo* do direito, e que não é simplesmente a valorização da lei como expressão do jurídico, mas a tendência a absorver todos os valores jurídicos na vocação de vigência formal e verbal que a norma escrita possui.”⁵¹¹

⁵⁰⁷ MARINONI, 2011, op. cit., p.17.

⁵⁰⁸ “Na dogmática analítica contemporânea, tem relevância especial, no que concerne às fontes, a noção de *legislação*. Isso ocorre sobretudo no direito de origem romanística, como é o caso do direito europeu continental e dos países latino-americanos de modo geral. Legislação, *lato sensu*, é modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes. Esse atos são sancionadores no sentido de estabelecadores de normas soberanas.” (FERRAZ JUNIOR, 2007, op. cit., p.228)

⁵⁰⁹ “(...) a expressão *fonte do direito* é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, (...), revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por *fonte* quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, igualmente vaga e ambígua, confere à teoria uma dose de imprecisão, pois ora estamos a pensar nas normas (direito objetivo), ora nas instituições (direito subjetivo) e até na própria ciência jurídica e sua produção teórica (as fontes da ciência do direito).” (Idem. Ibidem, p.225)

⁵¹⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.649.

⁵¹¹ SALDANHA, Nelson. **Legalismo e Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1977, p.17.

A palavra *lei*⁵¹², representativa do sentido de legislação como fonte do Direito, possui um sentido de regra estrutural (formal)⁵¹³, ou seja, uma “regra que institucionaliza a entrada de uma norma no sistema, dentro do qual ela será reconhecida como legal ou lei em sentido estrito”⁵¹⁴. A sistematização do ordenamento “é um corolário da segurança, posto que este é o modo pelo qual a pluralidade de normas individuais é trazida a uma unidade, capaz de atender às exigências de certeza e igualdade”⁵¹⁵.

Não se pode deixar de apontar criticamente, todavia, mais uma vez, que:

“A legalidade é uma das ideologias da modernidade, consubstanciando um fim em si mesma, o da preservação do status quo (o capitalismo necessita de um mínimo de previsibilidade para que possa prosperar). Além disso, fundando a ideia de coerência da ordem jurídica, é inerente à lógica interna do sistema.”⁵¹⁶

Essa avaliação crítica, porém, não retira a importância deste princípio (*legalidade*)⁵¹⁷, uma vez que a imposição de restrições efetivas que ele gera para os poderes públicos permite o cidadão se defender do arbítrio do Estado. Aqui também se faz necessária uma análise crítica, pois há uma grande incidência de situações em que o Estado autoritário se traveste de *Estado de Direito*, e “sob a

⁵¹² “*Lei formal* é o ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa. É o ato do Parlamento por excelência, no sentido liberal clássico”. (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.25). Já a lei em sentido material “é o ato jurídico emanado do Estado com caráter de norma geral abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva.” (Idem. *Ibidem*, p.22)

⁵¹³ Sobre a importância dessa concepção formal, merece registro a posição de Carl Schmitt, ao sustentar que “em um ente estatal (...), pode-se imaginar e suportar um conceito de lei meramente formal e independente de todo e qualquer conteúdo. Ainda que se considerasse, de forma irrestrita, incondicional e desrespeitosa, como único Direito positivo abalizado, todas as decisões tomadas pelos órgãos competentes na via legiferante, todos os fundamentos e instituições típicos do Estado de Direito, tais como a vinculação dos Juízos independentes à lei ou a proteção contra punição arbitrária, contida na frase “Não há punição sem lei” (artigo 116 da RV), ou ainda a primazia da lei no tocante aos direitos fundamentais e de liberdade, ainda seriam razoáveis e suportáveis.” (**Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.20/21)

⁵¹⁴ FERRAZ JUNIOR, 2007, op. cit., p.227.

⁵¹⁵ FERRAZ JUNIOR, 1981, op. cit., p.52.

⁵¹⁶ GRAU, 2003, op. cit., p.176.

⁵¹⁷ “El principio de legalidad aparece recogido en las Declaraciones norteamericanas de derechos, como la de Filadelfia de 1774 y las de Virginia y Maryland de 1776 y en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. Fue introducido también por algunos monarcas ilustrados, como José II de Austria y Frederico II de Prusia. (...) Com el triunfo de la Revolución francesa el principio de legalidad de los delitos y las penas se convierte en uno de los pilares fundamentales del derecho penal liberal y en un fino exponente del Estado de Derecho.” (CEREZO MIR, José. **Derecho Penal I – Parte General**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 243.)

aparência de sujeição ao “domínio da lei” atua um Estado que lança mão da *legalidade* como instrumento de opressão e opróbio”⁵¹⁸.

Mesmo diante das considerações supra, é preciso defender a importância da *legislação*, e, especialmente, do *princípio da legalidade*, devido aos motivos apontados, que se traduzem a partir do *sobreprincípio da segurança jurídica*, traduzida essa ideia na lição de Eros Roberto Grau, ao defender que: “o direito positivo é posição de sentidos imanentes às relações sociais que, por serem indispensáveis à reprodução do sistema social existente, são positivados, a fim de assegurar o desenvolvimento das atividades sociais”⁵¹⁹.

A partir dessa concepção apresentada, e firmada a relevância do *princípio da legalidade*, é preciso investigar o desenvolvimento desse *valor* no Direito ocidental, inobstante qual a tradição, como já se afirmou, mas levando em conta o desenvolvimento das instituições.

“Nos países onde existe o chamado Estado de Direito, a lei – norma geral, abstrata e igual para todos os que se encontram em situação jurídica equivalente – provém do Legislativo, cujos membros são eleitos pelo povo. Por exprimir, como vimos, a vontade geral, possui um primado sobre os atos normativos emanados dos demais Poderes. Deveras, a administração pública, que a realiza nos casos concretos, apóia-se exclusivamente na lei. O Judiciário, de seu turno, é o garantidor máximo da legalidade.”⁵²⁰

Inevitavelmente, este entendimento acaba por conferir ao Poder Legislativo um primado sobre os demais poderes do Estado⁵²¹. Essa ideia não é aleatória, decorre de um projeto engendrado para conferir um maior poder à burguesia, uma vez que esta assumiu papel central na configuração do Poder Legislativo no pós-revolução francesa. Os demais poderes, assim, se

⁵¹⁸ Idem. Ibidem, p.169.

⁵¹⁹ Idem. Ibidem, p.169.

⁵²⁰ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.224/225.

⁵²¹ “O princípio da legalidade da administração encontra aqui os alicerces que o relacionam directamente com a legitimidade democrática, a formulação de um sentido material de lei e, por último, uma postura meramente executiva da função administrativa: a centralidade do poder legislativo e, em consequência, da lei, enquanto expressão da vontade geral, fazem da função executiva uma função de segundo plano, sem qualquer espaço autónomo e normativo de decisão e sem uma legitimidade política própria.” (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007, p.64)

submeteriam às *ordens* emanadas do poder que possuía precipuamente a função legisferante do Estado.

Acontece que, esse modelo de primazia do legislativo sobre o executivo, ainda em solo francês, passa admitir, na busca pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes do Estado, uma conjugação de forças, ao invés de um modelo de predominância. Passa-se exigir a participação do executivo na construção da legislação, vista, inclusive, como indispensável para a exigência das leis, pois assim o “poder legislativo é, deste modo, partilhado pelos dois órgãos, observando-se que ao parlamento compete a primeira palavra e ao monarca a última”⁵²².

“O estudo efectuado em torno dos alicerces políticos do princípio da legalidade no Estado liberal permitiu observar que o modelo de equilíbrio de poderes formulado por MONTESQUIEU, reconhecendo a subordinação do executivo à lei mas conferindo ao chefe do próprio executivo uma intervenção constitutiva – mais propriamente uma faculté d’empêcher – sobre o exercício do poder legislativo, transformando a legalidade administrativa numa conjugação entre a vontade do parlamento que aprovava e a vontade do monarca que sancionava o diploma convertendo-o em lei (...).”⁵²³

Inobstante definir se o modelo liberal consagrou a primazia do legislativo, ou a confluência entre este e o executivo, na consagração do primado da lei, e, por conseguinte, do *princípio da legalidade*, notadamente no direcionamento da ação estatal, “a lei não foi capaz de atender às demandas de que ela própria pretendia tratar no Estado liberal, sendo, ainda mais, inábil a responder aos anseios do Estado providência”⁵²⁴.

Tem-se, nesse contexto, de superação do Estado liberal pelo modelo de bem-estar social, a denominada *crise da lei*, e por consequência da *legalidade*, fundamentada nas seguintes causas: inflação legislativa (excesso de leis); a incerteza de que a lei de fato concretiza a *justiça* (ao contrário, fundamenta muitas vezes a barbárie), a partir de uma constatação histórica; o colapso do legalismo, diante do advento do *constitucionalismo*, deixando a lei, portanto, de ser a maior

⁵²² OTERO, 2007, op. cit., p.89.

⁵²³ Idem. Ibidem, p.91.

⁵²⁴ BINENBOJM, 2008, op. cit., p.127.

manifestação da vontade geral; o gradativo aumento da utilização de outras espécies de atos normativos infraconstitucionais para fundamentação da atuação administrativa (instrumentos legislativos do executivo, como as medidas provisórias, previsão de exercício de poder regulamentar, são exemplos); e, por último, a existência de mecanismos, no próprio sistema jurídico, sem falar dos espúrios, que permitem o executivo controlar o processo legislativo (reserva de iniciativa de lei, possibilidade de trancamento de pauta, etc.)⁵²⁵.

Diante deste novo quadro, Paulo Otero analisa que:

“A verdadeira separação de poderes não reside mais na clássica oposição entre o poder legislativo e o poder executivo: em termos jurídicos, a separação de poderes encontra-se hoje entre o poder judicial e os restantes poderes e, em termos políticos, entre a maioria que controla o legislativo e o executivo, por um lado, e a oposição parlamentar que, por outro lado, e a oposição parlamentar que, por outro, limita o o poder concentrado nessa mesma maioria.”⁵²⁶

A produção da *legalidade* depende, portanto ou da ação do executivo de apresentar projetos de sua iniciativa, contando com o apoio da maioria do legislativo, independente de se tratar de um sistema de governo presidencialista ou parlamentarista, ou quando esse próprio Poder Executivo, fundado em expressa autorização emanada do sistema jurídico, principalmente da Constituição, se utiliza de instrumentos no exercício de função atípica legisferante, em qualquer dessas hipóteses, todavia, “a ideia de um sentido heterovinculativo dessa legalidade para o executivo só pode assentar num equívoco interpretativo”⁵²⁷.

Com relação ao aumento do papel do Poder Judiciário neste processo, uma das consequências imediatas para o Estado, e notadamente a Administração Pública, é uma *produção jurídica*, fundada numa concretização gradativa e paulatina de uma nova concepção de normas jurídicas. Esta nova concepção decorre do desenvolvimento das teorias denominadas do *neoconstitucionalismo(s)*, partindo da concepção de que a Constituição assume o papel nuclear no *sistema jurídico*, que podemos adjetivar doravante de

⁵²⁵ Idem. Ibidem, p.127/136.

⁵²⁶ OTERO, 2007, op. cit., p.146.

⁵²⁷ Idem. Ibidem, p.146.

constitucional. A antiga reserva vertical da lei que plasmava a ação estatal é, nessa nova concepção, substituída pela reserva vertical definida pela Constituição⁵²⁸

Forma-se uma espécie de *bloco de legalidade*, representado pelo ordenamento jurídico na íntegra. Esse *sistema jurídico constitucional*⁵²⁹ deve ser desenvolvido a partir de diretrizes como: unidade, integridade e coerência; que, por sua vez, possui uma capacidade de “leitura e compreensão” da dinâmica social, política e econômica dotada de maior capacidade e *adaptabilidade*, proporcionando a esse sistema uma grande elasticidade, ou melhor *abertura* para atender às demandas que lhe são submetidas⁵³⁰.

A tradicional ideia de *legalidade*, assim, transforma-se num conceito dotado de maior sofisticação e complexidade, incorporando definitivamente a noção de *sistema constitucional*, fundada, por sua vez, numa concepção normativa que se constrói a partir de um conjunto de regras e princípios constitucionais, que estabelecem o solo sobre o qual se edificará todo o ordenamento jurídico, e, portanto, a base de *legalidade*, que confere *segurança* ao Estado Democrático de Direito, gerada, primordialmente, pela *confiança* extraída desse sistema.

Merece registro, ainda, como consequência desse processo de fortalecimento do *sistema constitucional*, a chamada *constitucionalização do direito* que consiste:

⁵²⁸ Vide CANOTILHO, 2007, op. cit. p.837.

⁵²⁹ “O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia *sistema constitucional* não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa.” (BONAVIDES, 2004, op. cit., p.95)

⁵³⁰ “Em trabalhos anteriores já enfatizei o problema da alopoiese do direito na experiência brasileira. Apontei para o fato de que, no Brasil, o problema não reside primacialmente na falta de suficiente adequação e abertura (cognitiva) do sistema jurídico ao seu ambiente social (heterorreferência). Contrariamente a essa tradição jurídico-sociológica, tenho destacado que se trata de insuficiente fechamento (normativo) por força das injunções de fatores sociais diversos. Além da sobreposição destrutiva do código hipertrófico “ter/não ter” e de particularismos relacionais difusos, a autonomia operacional do direito é atingida generalizadamente por intrusões do código político. Mas cabe aqui acrescentar que, por sua vez a política, enquanto não está vinculada à diferença “lícito/ilícito” como seu segundo código, também sofre graves limitações concernentes à autopoiese: é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social do Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto no texto da Constituição.” (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.245.)

“(...) no início do processo de irradiação do direito constitucional pelos outros ramos do direito, um dos objetivos principais era simplesmente a solidificação da submissão desses ramos aos ditames constitucionais. Ainda que essa submissão soe trivial para o jurista contemporâneo, nem sempre foi assim, especialmente por causa da milenar tradição do direito privado como área do direito reservada à autonomia privada, não submetida às previsões do direito público.”⁵³¹

Esse processo foi referenciado, em decorrência do influxo gerado pela Constituição sobre todo o ordenamento, nessa acepção sistêmica estudada, pois isso gera uma necessidade de adesão de todos os ramos do Direito aos princípios constitucionais e aos direitos e garantias fundamentais, por intermédio de uma interpretação, ou até mesmo uma reinterpretação, se for o caso, dos cânones e conceitos centrais. Nessa tese defende-se, por exemplo, a necessidade de reinterpretação da lei de improbidade administrativa, em decorrência da aplicabilidade de princípios constitucionais e direitos fundamentais como: *segurança jurídica, liberdade, igualdade e legalidade*.

Doravante, posta a questão da legalidade e a sua transformação, torna-se necessária, por uma questão didática, a análise apartada das principais construções teóricas acerca da legalidade nas esferas administrativa e penal, e sua respectiva relação com a *segurança jurídica*, para fundamentar a defesa da tese desenvolvida nessa pesquisa. Essa “divisão” da legalidade vislumbra melhor adequar a sua aplicação às peculiaridades dos ramos do Direito apontados: administrativo e penal; todavia, insiste-se, há entre elas conexões decorrentes da unidade da Ciência do Direito, e que possuem impacto direto sobre a temática aqui trabalhada, como restará esclarecido no último capítulo.

3.6.1 O Princípio da Legalidade Administrativa

Em se tratando de aplicação do *princípio da legalidade* ao Direito Administrativo, curial iniciar demarcando que este princípio “é específico do *Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria”⁵³², assumindo, portanto, posição de centralidade. A ideia que foi

⁵³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.41.

⁵³² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.97.

tradicionalmente consagrada acerca da *legalidade administrativa*, estabelece que a Administração Pública só faz o que estiver previsto na lei, vinculando-a aos ditames da legislação⁵³³.

“A primeira concepção de legalidade administrativa, do ponto de vista cronológico, surgiu de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial. Segundo esse entendimento, o ato administrativo se constituiria em uma mera particularização dos mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei, em sua atuação concreta.”⁵³⁴

Assim a lei passou a ser o parâmetro basilar da atuação administrativa, respeitando, por óbvio, os limites impostos pelas liberdades individuais, numa perspectiva liberal, de primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais, definidos pela própria *legalidade* que “estabelece também os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”⁵³⁵.

“O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania.”⁵³⁶

Como foi explicado anteriormente no item 3.6, há uma evolução do sentido de legalidade, ao incorporar a noção de *sistema constitucional* na sua definição, o que fez com que Adolf Merkl⁵³⁷ passasse a designar o princípio da legalidade de *princípio da juridicidade administrativa*⁵³⁸, no Direito Administrativo.

⁵³³ “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.85)

⁵³⁴ BINENBOJM, 2008, op. cit., p.136.

⁵³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.98.

⁵³⁶ MELLO, 2007, op. cit., p.97.

⁵³⁷ MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Granada/ES: Comares, 2004, p.132 e segs.

⁵³⁸ “Foi essa a influência que determinou a inserção, no art. 20, §3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (*sind na Gesetze und Recht gebunden*).” (BINENBOJM, 2008, op. cit., p.141)

Pode-se afirmar, ainda, que “tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas”⁵³⁹. Deve-se ter cuidado, nesse particular, com o problema já advertido da discricionariedade gerada pela aplicação de princípios e que será discutida no item 3.7 (infra).

Assim, a antiga reserva vertical da lei que plasmava a ação estatal é, nessa nova concepção, substituída pela reserva vertical definida pela Constituição⁵⁴⁰. Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública encontra seu fundamento primeiro na Constituição Federal⁵⁴¹, demarcada essa mudança pela evolução do princípio da legalidade para *princípio da juridicidade administrativa*. A mudança paradigmática apontada vai além, pois:

“Sucedee, no entanto, que nos últimos anos, esta configuração do princípio da precedência de lei ou reserva vertical de lei, formulada nos quadros clássicos do equilíbrio político subjacente ao Estado liberal oitocentista, tem sido contestada, reconhecendo-se a existência de regulamentos independentes directamente fundados na Constituição e, neste sentido, afirmando-se um princípio constitucional de tipicidade da exigência de reserva de lei: excluídos os casos de reserva de lei expressamente previstos na Constituição, a Administração Pública poderá agir com fundamento directo no texto constitucional.”⁵⁴²

Esse novo paradigma do *princípio da legalidade (juridicidade)*, portanto, estabelece um sistema que tem como centro a Constituição, que não só é responsável pela unidade, integridade e coerência da ordem de fontes que gera a legalidade administrativa, como também estabelece normatização direta para as relações jurídicas que envolvem a Administração Pública. A concretização das

⁵³⁹ Idem. Ibidem, p.141.

⁵⁴⁰ Vide CANOTILHO, 2007, op. cit. p.837.

⁵⁴¹ “(...) o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos grande parte dele, está subordinado a determinadas ideias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. A sua função é justificar, subordinando-as à ideia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unifica-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração. São de grande préstimo para a interpretação, mas ainda mais, porém, para o desenvolvimento do Direito imanente à Lei e do Direito transcendente à lei. A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios directivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema(...)” (LARENZ, 2012, op. cit. p.621/622)

⁵⁴² OTERO, 2007, op. cit., p.734.

atividades administrativas, assim, passa vincular-se diretamente “à concretização prioritária e prevalecente dos interesses definidos pelo texto constitucional”⁵⁴³.

Há hoje na configuração da *legalidade administrativa* uma pluralidade de fontes que definem o âmbito da *juridicidade administrativa*: Constituição, lei, regulamentos (presidencial e setorial), além de novos tipos de *normas* como aquelas definidas, por exemplo, por *súmulas de efeito vinculante* (art. 103-A, Constituição Federal de 1988)⁵⁴⁴.

Inobstante essa variedade de fontes, e da chamada “*lei do parlamento*”, no sentido liberal clássico, encontrar-se em crise, ela ainda é importante fonte do direito administrativo, sendo o meio constitucional através do qual são ordinariamente criados direitos e obrigações”⁵⁴⁵. Há, dessa forma, uma necessidade de respeito, por exemplo, em determinadas situações, à *reserva legal*, ou seja, matéria que exige a disposição em lei, em sentido material e/ou formal, dependendo da prescrição Constitucional.

O debate torna-se ainda mais sofisticado com a inclusão da noção de *reserva qualificada de lei*, que está relacionada à concretização de *direitos fundamentais*, “tal hipótese diz respeito ao estabelecimento ou não, no texto constitucional (em regra as reservas não são qualificadas), de meios e/ou finalidades específicos, que deverão pautar a restrição a direitos fundamentais”⁵⁴⁶.

O escopo de se discutir uma *reserva qualificada da lei* decorre da necessidade de emanar da própria Constituição qualquer espécie de limitação que se possa sistemicamente impor à direito fundamental. Essa espécie de *reserva legal*, acaba por gerar uma vinculação constitucional material e formal, simultaneamente.

⁵⁴³ Idem. Ibidem, p.740.

⁵⁴⁴ “Longe vai o tempo em que a decisão normativa se encontrava concentrada num único órgão: o princípio da separação de poderes, primeiro, a assunção de poderes legislativos pelo executivo, depois, e os princípios de descentralização normativa e da subsidiariedade, por último, produziram uma verdadeira pulverização do exercício da competência normativa. (...) A pluralidade concorrente de fontes internas da legalidade é uma fatalidade inultrapassável de uma sociedade neofeudalizada: a existência de várias normas provenientes de diversas estruturas decisórias a regular uma mesma matéria torna-se hoje, especialmente em certos sectores, uma realidade dramática.” (OTERO, 2007, op. cit., p.441)

⁵⁴⁵ BINENBOJM, 2008, op. cit., p.147.

⁵⁴⁶ Idem. Ibidem, p.150.

Defende-se, nessa pesquisa, que nas hipóteses de *relações restritivas de direitos*, compreendidas como aquelas que “diminuem a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe gravame, seja porque impõem um novo dever ou restrição, seja porque estendem dever já existente, ou, ainda, suprimem direito existente”⁵⁴⁷, deve haver para a sua efetivação uma *reserva qualificada de lei*, decorrente da própria cláusula geral de liberdade que prevê que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei* (art. 5º, II, Constituição Federal de 1988).

Aqui se estabelece a relação entre *legalidade administrativa e segurança jurídica*, na medida que essa *reserva legal* objetiva conferir *certeza*, caracterizada pela “noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntico que encerra essa mesma norma”⁵⁴⁸, de sorte que:

“(…) não é de oposição a relação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, mas sim de complementação. O princípio da legalidade é enriquecido pelo conteúdo do princípio da segurança jurídica, o qual se torna um dos parâmetros de aferição de validade das condutas estatais. Deveras, o princípio da segurança jurídica vem corrigir algumas deformações do princípio da legalidade decorrentes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos em face do Estado, e não o contrário.”⁵⁴⁹

Esse entendimento pode ser reproduzido, *mutatis mutandis*, também para o Direito Penal. A necessidade de estudo da ideia de *legalidade* para este ramo do Direito, por seu turno, justifica-se pela similitude de sua natureza jurídica a da lei de improbidade administrativa (Direito Administrativo Sancionador), consoante será trabalhado no quarto capítulo. Antes disso, todavia, trabalhar-se-á a noção de *legalidade penal*.

3.6.2 O Princípio da Legalidade Penal

⁵⁴⁷ PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.107.

⁵⁴⁸ VALIM, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.47.

⁵⁴⁹ Idem. Ibidem, p.50.

Também no Direito Penal ganha especial relevo o *princípio da legalidade*, uma vez que é por seu intermédio que “o Estado encontra o pressuposto e a fonte para a o exercício da potestade de repressão penal”⁵⁵⁰, estabelecendo o término do *reino do arbítrio*. Com fundamento neste princípio, portanto, a classificação de que alguém cometeu um crime depende de prévia, expressa e solene declaração da conduta pela lei como crime.

“(...) o Princípio da Legalidade presta para equilibrar o sistema penal, dando ao Estado uma fonte – ainda que limitada – para a emissão de seus comandos e à pessoa humana uma série de garantias, que são decorrentes da significação jurídica deste princípio.”⁵⁵¹

Nessa perspectiva, transcendendo sua significação histórica, mais uma vez, hoje esse princípio “constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”⁵⁵², pois além de possibilitar o prévio conhecimento das condutas estabelecidas como criminosas e da consequência jurídica, a pena, ele assegura que o ser humano não seja submetido à coerção estatal penal diversa daquela descrita na *lei*.

Associa-se, assim, como foi demonstrado também com a *legalidade administrativa*, ao corolário da *segurança jurídica*, mais uma vez fundada na ideia de certeza, e garantidora da liberdade e igualdade, uma vez que:

“O princípio da legalidade, base angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, (...), mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica”.”⁵⁵³

O *princípio da legalidade penal*, desdobra-se em três postulados: irretroatividade, reserva legal e determinação taxativa. A irretroatividade exige a atualidade da lei, de sorte que ela somente pode alcançar os fatos cometidos após a sua edição. Para essa pesquisa esse é o postulado de menor interferência. Ganham destaque, assim, os outros dois.

⁵⁵⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio De Janeiro: Forense, 2008, p.51.

⁵⁵¹ Idem. Ibidem, p.51.

⁵⁵² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.65.

⁵⁵³ Idem. Ibidem, p.67.

A *reserva legal*, possui o mesmo sentido, com as devidas ressalvas, que foi dado à essa concepção no item anterior da pesquisa (item 3.6.1), merecendo evidência o fato de que há expressa previsibilidade constitucional para o Direito Penal, constante do art. 5º, XXXIX, da *lex legum*⁵⁵⁴, cláusula reproduzida pelo Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940, com a redação alterada pela Lei nº7.209/1984), em seu art. 1º. Ressalta-se, mais uma vez, a função *garantista* assumida pela *legalidade*, a partir da noção de *reserva legal*, ao assegurar que só haverá incidência de punição nas hipóteses e limites do *sistema jurídico constitucional*.

Ganha, por fim, especial relevo a questão ainda não discutida, referente à *determinação taxativa*, também denominada de *taxatividade*, como corolário lógico da aplicação do *princípio da legalidade* no Direito Penal.

“Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.”⁵⁵⁵

Uma das consequências desta *taxatividade* é que os cidadãos para os quais as normas são endereçadas possam compreender de forma inquestionável o seu conteúdo, para isso a formulação normativa deve possuir clareza e precisão, ou seja, a *certeza*, mais uma vez, consagradora da *segurança jurídica*.

Outra consequência importante possui um fundamento de natureza política, uma vez que essa precisão teria o escopo de “proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei”⁵⁵⁶.

Em sentido contrário a *taxatividade*, em flagrante violação ao *princípio da legalidade*, portanto, se dá pela elaboração de legislação vaga, dotada de

⁵⁵⁴ Art. 5º. (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁵⁵⁵ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.24.

⁵⁵⁶ Idem. Ibidem, p.25.

indeterminação, ausente a certeza, pela caracterização de: “ocultação do núcleo do tipo (verbo que define a ação/omissão a ser verificada); as tipificações abertas e exemplificativas (bem ilustradas nos crimes omissivos, omissivos impróprios e culposos); e o emprego de expressões (elementos) sem precisão semântica no tipo penal”⁵⁵⁷.

Esta última, a tipificação aberta ou exemplificativa, representa “o maior perigo atual para o princípio da legalidade, em virtude da forma com que se apresenta, são os chamados tipos penais abertos ou amplos”⁵⁵⁸, uma vez que gera alto grau de *incerteza*, confrontando claramente o *princípio da segurança jurídica*.

“Enquanto o direito civil provê segurança jurídica tratando de prover o maior número possível de conflitos, razão pela qual “quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (art. 4º da lei de introdução ao Código Civil), a segurança jurídica que toca ao direito penal consiste exatamente em recusar tratamento aos conflitos que não se inscrevam taxativamente na criminalização primária. (...) o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial.”⁵⁵⁹

Uma temática que ainda pode ser relacionada com a discussão da *legalidade penal*, mais especificamente da *reserva legal*, diz respeito às normas penais em branco⁵⁶⁰. Adverte-se, todavia, que “não se deve confundir tipos penais em branco com tipos penais abertos ou vagos, uma vez que são conceitos

⁵⁵⁷ LOPES, Luciano Santos. **Os Elementos Normativos do Tipo Penal e o Princípio Constitucional da Legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p.95.

⁵⁵⁸ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p.33.

⁵⁵⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.208.

⁵⁶⁰ “As assim chamadas leis penais em branco – expressão que procede de Karl Binding – são normas penais incriminadoras que, embora cominem a sanção penal respectiva, seu preceito, por ser incompleto, depende de complementação (expressa ou tácita) por outra norma, geralmente de nível inferior (decreto, regulamento, portaria, etc.) de modo a precisar-lhe o significado e conteúdo exatos; leis penais em branco são tipos penais estruturantes incompletos, portanto.” (QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal 1 – Parte Geral**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.81.). “O conceito de lei penal em branco foi formulado pela primeira vez por Binding, segundo a qual a *blankettstrafgesetze* (ou *offene Strafgesetze* – lei aberta) é toda lei que determina a sanção, porém não o preceito, que deverá ser definido por regulamento ou por uma ordem da autoridade, e, raras vezes, por uma lei especial, presente ou futura.” (SCHMIDT, Andrei Zenker. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.156.)

distintos, embora não sejam incompatíveis entre si”⁵⁶¹. A existência deste instituto no Direito é de questionável constitucionalidade, uma vez que:

“A lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal e, além disso, abriu as portas para a analogia e para a aplicação retroativa, motivos suficientes para considerá-la inconstitucional. Se se acrescentar a isso o fato de que ela representa hoje uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do poder legislativo e que rompe a cláusula da *ultima ratio*, parece não haver muita coisa que discutir a seu respeito.”⁵⁶²

Defendem também essa posição André Coppeti⁵⁶³, Paulo Queiroz⁵⁶⁴ e Andrei Schmidt, estabelecendo este último contundente crítica ao asseverar que:

“Se não se quiser incidir, em pleno Estado Democrático, nos mesmos erros do regime anterior, é necessário que o objeto das leis volte a ser as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, e que o legislador assuma efetivamente a função de reger os destinos do Estado, sem descarregar o peso de sua responsabilidade na administração, ou nos juízes.”⁵⁶⁵

Nesse particular, reforça-se a ideia do aperfeiçoamento da *segurança jurídica*, por intermédio do *princípio da legalidade penal*, nos seguintes termos:

“(...) quando se aplica uma norma penal, se tutela um bem jurídico (interesse ou valor) que interessa indistintamente a todos os cidadãos (princípio do interesse social). Mas é necessário também tutelar o autor de delitos contra punições arbitrárias e desiguais, garantindo-lhe uma aplicação segura (princípio da legalidade) e igualitária (princípio da igualdade) da lei penal.”⁵⁶⁶

É interessante notar que há uma aparente paradoxo, que parte de uma premissa instituída desde a gênese do liberalismo, que é a de que a restrição de direitos objetiva proteger direitos, “daí que o sistema penal deva rodear-se de requisitos mínimos, tanto formais quanto materiais, que constituem os limites do

⁵⁶¹ Idem. Ibidem, p.81.

⁵⁶² ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA e SLOKAR, 2006, op. cit., p.206.

⁵⁶³ COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵⁶⁴ QUEIROZ, 2013, op. cit.

⁵⁶⁵ SCHMIDT, 2001, op. cit., p.160.

⁵⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.139.

poder punitivo, passados os quais tal poder se torna repressivo (no sentido de uma repressividade excedente)⁵⁶⁷. Em suma, “trata-se, portanto, da segurança de não serem punidos arbitrária e desigualmente; ou, em outras palavras, da maximização das garantias do imputado e da minimização do arbítrio punitivo”⁵⁶⁸.

Nessa senda de mitigação da arbitrariedade no exercício de atividade punitiva estatal, que também se aplica ao Direito Administrativo, particularmente na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, no que diz respeito à caracterização do ilícito previsto no art.11 (Lei nº 8.429/1992), importante discutir o problema da discricionariedade da interpretação/aplicação de princípios, e a, conseqüente, necessidade de segurança jurídica amplamente discutida nesse capítulo.

3.7 A DISCRICIONARIEDADE NA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A NECESSIDADE DE SEGURANÇA JURÍDICA

A interpretação constitui mais do que apenas uma mera compreensão, pois consiste em mostrar algo, “consubstancia uma operação de mediação que consiste em transformar uma expressão em uma outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica”⁵⁶⁹.

A partir das situações problemáticas submetidas à apreciação do Direito, na busca de uma solução jurídica para a questão, “o jurista toma o sentido da lei a partir e em virtude de um determinado caso dado”⁵⁷⁰, levando em conta as condições fáticas e históricas que circundam o contexto entre o caso concreto e a lei. Deste processo interpretativo é que se extrairá a norma, de sorte que “ a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”⁵⁷¹.

“Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e

⁵⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos em América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984, p.27.

⁵⁶⁸ ANDRADE, 2003, op. cit., p.140.

⁵⁶⁹ GRAU, 2003, op. cit., p.207.

⁵⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p.428.

⁵⁷¹ GRAU, 2003, op. cit., p.208.

reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente.”⁵⁷²

Assim, a interpretação e aplicação, como atividades imbricadas e indissociáveis, consiste na concretização da lei, que não é uma atividade arbitrária, uma vez que “a complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro comunidade jurídica”⁵⁷³.

O juiz está, portanto, como qualquer intérprete vinculado aos textos integrantes do sistema jurídico, de sorte que não há espaço para arbitrariedade (discricionariedade) no processo de interpretação/aplicação do direito, uma vez que “interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a *discricionariedade* é exercitada mediante a formulação de *juízos de oportunidade*”⁵⁷⁴.

Esses juízos se caracterizam por dependerem de juízos arbitrários e subjetivos realizados pelo intérprete, diferente da prudência que decorre do *juízo de legalidade*, contido pelo texto legal. Dessa forma, “ainda que não seja o juiz meramente a *boca que pronuncia as palavras da lei*, sua função – *dever-poder* – está contida nos lindes da *legalidade* (e da *constitucionalidade*)”⁵⁷⁵. Resta, assim, negada a *discricionariedade judicial*, de plano, pois:

“Quando dizemos que uma autoridade judicial é livre não desejamos afirmar que ela se subtrai a quaisquer determinismos. Pois entendemos por “liberdade” não uma situação privada de determinação, mas apenas uma liberdade “jurídica”. Ora, precisamente porque a interpretação é juridicamente livre, podemos compreender que ela está sujeita a um determinismo. (...) devo apontar a circunstância de que o intérprete está sujeito a inúmeros determinismos, o mais relevante dos quais é o determinismo do texto do direito, todo ele. De outra banda, o fato de o descobrimento do sentido já existente no texto não importar conversão da interpretação em mero ato de conhecimento.”⁵⁷⁶

⁵⁷² GADAMER, 2003, op. cit., p.430/431.

⁵⁷³ Idem. Ibidem, p.432.

⁵⁷⁴ GRAU, 2014, op. cit., p.89.

⁵⁷⁵ Idem. Ibidem, p.89.

⁵⁷⁶ Idem. Ibidem, p.91.

O sentido dessa construção é, principalmente, a necessidade de *certeza* que deve decorrer da interpretação/aplicação do direito. Há a necessidade de se operar o sistema jurídico dentro de um padrão que possibilite a estabilização de expectativas da sociedade, ou seja, a efetivação de *segurança jurídica*. A discricionariedade/arbitrariedade decorrente de uma *liberdade* decisória é contrária à ideia do *princípio da segurança jurídica*.

Exsurge, nesse contexto, o problema decorrente de formulações legais dotadas de alto grau de indeterminabilidade, como ocorre, por exemplo, com os princípios jurídicos. Mesmo reconhecendo a importância e o papel dos princípios na construção do sistema jurídico, como já foi asseverado, não se pode deixar de observar que na sua aplicação o intérprete está delimitado pelo próprio sistema jurídico, na busca pelo juízo de legalidade adequado ao caso concreto⁵⁷⁷.

A discricionariedade deve ser convertida em uma *técnica de legalidade*, requerendo, assim, na aplicação de princípios a observância de elementos que viabilizem a materialização de um *juízo de legalidade*, de sorte que:

“Ainda quando o juiz cogite dos princípios, ao atribuir peso maior a um deles – e não a outro -, ainda então não exercita discricionariedade. O momento dessa atribuição é extremamente rico porque nele, quando se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir, pondera-se o direito, todo ele (e a Constituição inteira), como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do caso – e jurídicas – linguísticas, sistêmicas e funcionais -, são descortinadas.”⁵⁷⁸

Essa solução, todavia, não exaure o debate sobre o problema da discricionariedade na interpretação/aplicação dos princípios. A questão aqui posta, nessa tese, diz respeito à fluidez gerada pela aplicação de princípios na definição de condutas ilícitas pela lei de improbidade administrativa. A fragilização da *segurança jurídica* em decorrência desse problema. Eis o ponto a ser debatido.

⁵⁷⁷ “A “abertura” dos textos de direito, embora suficiente para permitir permaneça o direito a serviço da realidade – e, aí, a necessidade do uso, profuso, neles, de “conceitos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluídos” (vale dizer, de noções) -, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete resultará a subversão do texto.” (GRAU, 2003, op. cit., p.209)

⁵⁷⁸ Idem. Ibidem, p.210.

Mesmo afirmando a inexistência da discricionariedade na interpretação/aplicação do direito, é necessário discutir o problema específico, quando se trata de princípio. O dispositivo específico da lei de improbidade, qual seja o art. 11 (Lei nº 8.429/1992), abre muitas possibilidades para a caracterização da improbidade⁵⁷⁹, principalmente se levar em consideração a ideia de que a violação da *moralidade administrativa* constitui ilícito.

Nesse ponto, conclui-se que, a utilização de regras para a determinação de condutas que caracterizam a prática de ilícito de improbidade tem maior adequação para garantir a *segurança jurídica* na interpretação do direito, uma vez que “esta relação estaria condicionada a dois fatores: a importância da segurança jurídica para a matéria veiculada pela regra e a importância do conteúdo normativo da regra para a promoção da segurança jurídica”⁵⁸⁰.

“A segurança jurídica será tanto mais importante, em primeiro lugar, quanto maior for o valor sobrejacente do princípio da segurança para a interpretação da matéria veiculada pela regra. (...) Em segundo lugar, a segurança jurídica será tanto mais importante quanto maior for a vinculação de valor sobrejacente com o valor subjacente à regra. Isso surge quando o princípio da segurança jurídica é importante para o setor no qual a regra se insere e a finalidade subjacente à regra está relacionada com a promoção da segurança.”⁵⁸¹

Assim, considera-se que o *princípio da segurança jurídica* ganha em relevância quando se trata da utilização (e interpretação/aplicação) de regras, quando se faz necessária uma maior previsibilidade para o objeto de regulação, pois ao “disciplinar situações de forma prévia, regras tendem a estabilizar as expectativas dos seus destinatários, orientando seu comportamento”⁵⁸².

Diante desse quadro, é inegável que o grau de abstratividade interpretativa gerada pela utilização de princípios na caracterização da

⁵⁷⁹ “Embora seja pressuposta pela própria definição de princípios formais como normas que exigem que as decisões tomadas por uma autoridade ou mediante determinado procedimento sejam respeitadas na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, a possibilidade de realização em graus distintos dos princípios formais é objeto de controvérsia.” (LIMA, 2014, op. cit. p.147)

⁵⁸⁰ Idem. Ibidem, p.150.

⁵⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.145.

⁵⁸² LIMA, 2014, op. cit., p.151.

improbidade administrativa, que se enquadra no terreno das normas que possuem natureza punitiva, não são adequadas no que diz respeito ao limite da atuação dos agentes públicos, uma vez que “os poderes discricionários aumentam sensivelmente, diante da profusão de dispositivos repletos de elementos normativos ambíguos”⁵⁸³. A consequência desse entendimento, é que o “legislador está obrigado, todavia, a redigir a sua regulação de modo tão determinado quanto possível, segundo a peculiaridade do contexto vital a ser ordenado, e com consideração à finalidade da norma”⁵⁸⁴.

Dessa forma, a utilização de princípios que materializam cláusulas gerais não deve traduzir arbítrio para quem quer que seja⁵⁸⁵, exigindo-se do direito *segurança*, pois o “tipo sancionador deve conter grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada”⁵⁸⁶, evitando, assim, a arbitrariedade do intérprete, ou seja, o *sistema jurídico* é responsável por diminuir a insegurança jurídica, ao definir como clareza as condutas proibidas.

Tratando-se, ainda de forma mais específica, na caracterização de ilícito por violação da *moralidade administrativa*, constitucionalmente recepcionada como princípio da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), a questão se torna mais sensível, pois é extremamente preocupante considerar que qualquer desvio moral seja tipificado como ato de improbidade administrativa, sem que haja uma ação exterior lesiva ao interesse público descrita de forma clara e expressa pela legalidade.

Embora determinadas ações sejam contrárias à moral, tratam-se de “expressão de um modo de ser ou de um estilo de vida, na medida em que traduzem opções estritamente individuais, ainda que reprováveis aos olhos de

⁵⁸³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.240.

⁵⁸⁴ HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.207/208.

⁵⁸⁵ “É indubitoso que os conceitos ou termos jurídicos indeterminados, que nem sempre se esgotam nas “normas em branco”, transcendem e alcançam vários tipos de normas, comportam margens de apreciação dos intérpretes ou dos aplicadores das normas sancionadoras, (...) sempre vedada a arbitrariedade, mas abertos espaços não raro incontroláveis numa perspectiva prática, pois envolvem as adesões a valores fluídos.” (OSÓRIO, 2015, op. cit., p.245)

⁵⁸⁶ Idem. Ibidem, p.241.

grande parte da sociedade, não podem merecer sancionamento penal ou administrativo”⁵⁸⁷. De sorte que:

“(...) outorgar ao princípio jurídico da moralidade administrativa ou aos tipos sancionadores de condutas eticamente reprováveis um sentido tão amplo a ponto de abarcar todo e qualquer ato imoral dos agentes públicos, com a devida vênia de entendimento diverso, equivaleria a liquidar com o Estado Democrático de Direito e seu pilar de legalidade.”⁵⁸⁸

Trata-se, portanto, de preservação da legalidade, com a consequente exigência de *taxatividade* das condutas que tipificam o ilícito de improbidade administrativa, como corolário lógico da preservação, ainda, da *liberdade* e *igualdade*, pela efetivação do sobreprincípio da *segurança jurídica*. Reitera-se que essa é uma exigência *a priori* da própria existência de um Estado Democrático de Direito.

A consequência direta desta conclusão primária é a necessidade de *tipificação das condutas* que definem o ato de improbidade por violação do princípio da moralidade, e a consequente *taxatividade expressa* dos comportamentos proibidos, como *conditio sine qua non* da materialização do *princípio da segurança jurídica*, com o escopo de conferir certeza às relações administrativas e a estabilização de expectativas que se faz necessária para uma harmoniosa convivência social. Esse será o objeto do capítulo seguinte.

⁵⁸⁷ Idem. Ibidem, p.256.

⁵⁸⁸ OSÓRIO, 2015, op. cit., p.256.

CAPÍTULO 4 – A NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DAS CONDUITAS PARA DELIMITAR O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA QUESTÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Por uma questão didática, é importante iniciar este capítulo pela análise conceitual da figura central do *tipo*. Merece destaque, ainda, referenciar que a bibliografia utilizada para essa tarefa será basicamente extraída do Direito Penal e do Direito Tributário, uma vez que nesses dois ramos do Direito há um maior desenvolvimento da matéria, tornando-os, portanto, privilegiados para esse mister.

Merece destaque lembrar que nesses ramos do Direito (penal e tributário) há a aplicação de normas que resultam na restrição da liberdade do cidadão (principalmente de locomoção e patrimonial, respectivamente), o que requer do sistema jurídico um maior cuidado, que se expressa, por sua vez, por intermédio de um conjunto de normas protetivas ao cidadão, com o escopo central de evitar arbitrariedades e pessoalidade do Estado.

Para iniciar o estudo do *tipo*, e de sua função no sistema jurídico, então, é preciso entender que há a necessidade da previsibilidade no ordenamento, em regras gerais, de hipóteses de comportamento que geram consequências jurídicas incidentes sobre a liberdade do cidadão. Tem-se, assim, uma “descrição hipotética de quais as possíveis condutas gravadas, que devem estar necessariamente fixadas em uma norma jurídica”⁵⁸⁹.

Na busca ainda por esclarecer o conceito de *tipo*, recorre-se agora ao Direito Penal, que define nos seguintes termos:

“(…) tipo penal é a construção abstrata de condutas proibidas/ordenadas pelo ordenamento jurídico. Tipo significa modelo, forma de classificação. No Direito penal, é um modelo abstrato, que configura uma representação genérica contida em lei de um comportamento humano tido por proibido.”⁵⁹⁰

⁵⁸⁹ CAYMMI, 2007, op. cit., p. 80.

⁵⁹⁰ LOPES, 2006, op. cit., p.38.

Das definições apontadas, então, pode-se inferir que a ideia de *tipo* está correlacionada a previsibilidade expressa pelo ordenamento de condutas/comportamentos atingidos por consequências jurídicas, devido exatamente ao fato de terem sido previstas pelo sistema jurídico, diante da atuação do legislador, uma vez que requer para essa determinabilidade o respeito ao princípio da legalidade, como já foi visto.

Dessa forma, evita-se a discricionariedade (arbitrariedade) do julgador, diante da previsão do *tipo*, com a delimitação de quais condutas estão proibidas, ou até permitidas⁵⁹¹, e quais as consequências jurídicas para a prática dessas condutas. Nesse sentido, colaciona-se a lição de César García Novoa, que preceitua a tipicidade nos seguintes termos:

“El principio de tipicidad tiene un contenido sustancial, de modo que para el mismo se vea satisfecho no bastará con que leas conductas fiscales exigibles a los ciudadanos se establezcan en preceptos legales, sino que los mismos deben estar formulados de forma que no se traslade a los aplicadores la función de determinar el *na* y el *quantum* de la obligación tributaria.”⁵⁹²

Objetivando uma melhor compreensão dessa noção conceitual apresentada, faz-se importante destacar as três principais funções do tipo: garantidora, fundamentadora da ilicitude e sistematizadora. Serão elas analisadas individualmente a seguir.

A primeira função é a de garantia, uma vez que o “agente somente poderá ser punido se e quando cometer uma daquelas condutas proibidas/ordenadas por lei”⁵⁹³. Diante do que já foi trabalhado anteriormente, na presente tese, resta claro que essa função garantidora é corolário do *princípio da legalidade*, que, por sua vez, é consequência da *segurança jurídica*.

Um efeito direto dessa função de garantia, na concepção de Claus Roxin, é expressa na máxima de que “todo ciudadano debe, por tanto, tener la

⁵⁹¹ No Direito Tributário não se trabalha com comportamentos proibidos, pois a prática das condutas tipificadas não constitui ilicitude. Sabe-se, porém, que ao praticar uma conduta prevista como tipo tributário haverá a incidência da cobrança de um tributo, com a consequente restrição da liberdade patrimonial, dentro dos limites sistemicamente estabelecidos.

⁵⁹² NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.116/117.

⁵⁹³ LOPES, 2006, op. cit., p.39.

posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no. La tarea de determinar legalmente la punibilidad en tal medida, há sido assignada al tipo penal”⁵⁹⁴.

A segunda função é a fundamentadora da ilicitude, na qual, hoje⁵⁹⁵, não se pode compreender o tipo penal como isento de valores, uma vez que é criação do ser humano. Há uma ligação entre o tipo penal e a ilicitude, esse vínculo é revelado pelos valores contidos na figura típica, uma vez que “a proteção penal, através da elaboração legislativa de normas incriminadoras, já vem agregada de valores de proibição da conduta”⁵⁹⁶.

O tipo penal assume, assim, a função de *ratio essendi* da ilicitude, que é, portanto, o fundamento do tipo, o que as torna uma só coisa, sem necessidade de distinção entre *tipo* e *ilicitude*.⁵⁹⁷

A terceira função é a sistematizadora, por intermédio da qual há uma seleção de quais as condutas serão proibidas/ordenadas pela lei, e essa delimitação é que permitirá, então, definir a conduta proibida/imposta e diferenciá-la das demais figuras típicas, uma vez que “definindo e selecionando as condutas proibidas/impostas pelo ordenamento jurídico, o tipo penal consegue sistematizá-las e diferenciá-las”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 170.

⁵⁹⁵ Diversas são as teorias e concepções acerca da ilicitude no Direito Penal, todavia há um total deslocamento de foco nesse debate, que nada acrescenta para essa tese, de sorte que esse tema não será aqui aprofundado. Assim, no presente trabalho a opção foi apresentar diretamente a concepção atual sobre a temática.

⁵⁹⁶ LOPES, 2006, op. cit., p.40

⁵⁹⁷ Como foi advertido anteriormente, não se pretende aprofundar nesse debate sobre a distinção entre *tipo* e *ilicitude*, é didático, todavia, minimamente posicionar a divergência sobre a matéria, ancorada basicamente nas críticas formuladas por Hans Welzel (**Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997, p.98), sintetizada por Cláudio Brandão (2008, op. cit., p. 149) nos seguintes termos: “Sem dúvida, a corrente que melhor expressa a tipicidade e sua função é a que apregoa ser a tipicidade a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. (...) se pregarmos ser o tipo a essência da antijuridicidade, dizemos que não há diferença entre eles e temos de aceitar que a exclusão da antijuridicidade também exclui a tipicidade”. A posição aqui defendida, porém, de ser a *ratio essendi*, está essencialmente fundamentada na lição de Santiago Mir Puig (**El Derecho Penal em el Estado Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p.76/77), ao defender que: “Todo ello conduce a la conclusión de que el Derecho Penal próprio de un Estado social debe admitirse la tesis de la teoría de los elementos negativos del tipo (...) la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación impide el tipo de injusto.” Essa posição também é corroborada no Brasil por Francisco de Assis Toledo (**Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 122).

⁵⁹⁸ LOPES, 2006, op. cit., p.42.

A ideia de sistematização, porém, transcende essa mera perspectiva de identificação de condutas proibidas/impostas, pois essa sistematização é fundamental no próprio trabalho de interpretação/aplicação, ao tentar estabelecer a coerência e integridade do sistema, necessários para a preservação da igualdade no tratamento conferido pelo Direito Penal, e, por conseguinte, da segurança jurídica.

Sobre a necessidade de o Direito Penal ser operado sistemicamente, importante lição é extraída da obra de Raúl Zaffaroni, A Alagia, A. Slokar e Nilo Batista, ao analisarem que:

“Se o poder punitivo é uma força irracional e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do estado de direito, a seleção penal deve ser racional, para compensar – até onde puder – a violência seletiva irracional da torrente punitiva. (...) As comportas não podem operar esta seleção inteligente se não se combinarem em forma de sistema, aqui entendido – ante a equivocidade do vocábulo – em seu significado kantiano: “a unidade de diversos conhecimentos, segundo uma ideia”, de modo que, *a priori*, se conheça o âmbito de seus componentes e os lugares das partes.”⁵⁹⁹

A função sistêmica, portanto, possui o escopo de operacionalizar a racionalidade da aplicação de um complexo ramo do Direito, que possui diversas mazelas (violência, seletividade, irracionalidade, etc.), mas que precisa de coerência e integridade na sua programação, além da relação com outros saberes ⁶⁰⁰. Registre-se que, *mutatis mutandis*, o Direito Administrativo sancionador tem a mesma perspectiva, aplicando-se, necessariamente, o mesmo entendimento que vige no Direito Penal, como será abordado com maior profundidade no próximo tópico.

Antes de adentrar nesta análise, porém, com o intuito de concluir esta parte conceitual acerca do *tipo*, delimitando a sua funcionalidade, é curial apontar

⁵⁹⁹ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR e BATISTA, 2006, op. cit., p.162.

⁶⁰⁰ O Direito não é um sistema isolado, ele necessariamente comunga com outros sistemas, oriundos de construções de outros campos do saber (sociologia, economia, antropologia, etc.), donde se faz necessária à sua interação com outros sistemas. Embora não seja isolado, todavia, e necessite destas interações, ele é dotado de autonomia e possui uma programação própria (normativa), que lhe confere capacidade de produzir decisões amparadas em valores específicos incorporados sistemicamente, capazes de lhe garantir autonomia e integridade.

que a dogmática penal, notadamente a teoria do crime, percebe a tipicidade como elemento de limitação do *jus puniendi* estatal (assim como a antijuridicidade e a culpabilidade). A aplicação da sanção (pena), assim, depende da constatação deste elemento para sua configuração, neste sentido, quando a teoria do crime “ao estabelecer critérios para a identificação do que é delito e, por conseguinte, para a imputação de sua consequência, a pena, representa um *método* (...)”⁶⁰¹.

Diante desta conclusão, Cláudio Brandão assevera que:

“Deste modo, a teoria do crime, enquanto método penal, reveste de cientificidade o *jus puniendi*, pois dá para ele critérios que tem por escopo explicar e racionalizar aquele poder, ao passo que o limita: tudo o que não se amoldar nos critérios da teoria do crime não poderá ser objeto de punição por parte do Estado.”⁶⁰²

Como foi dito anteriormente, e reforçado agora, faz-se necessária a extensão deste entendimento para o direito administrativo sancionador, em especial para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, pois a “limitação ao poder de punir será uma característica marcante não somente do direito penal liberal, mas do próprio conceito de Estado Democrático de Direito”⁶⁰³, mas com a salvaguarda das devidas medidas e proporções, diante das diferenças existentes entre os ramos do Direito em questão (penal e administrativo).

Diante do reforço da similitude de natureza, e o consequente tratamento isonômico que é pugnado nesta pesquisa, passa-se à análise da proximidade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador.

4.1 A SIMILITUDE DA NATUREZA JURÍDICA ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O DIREITO PENAL

Antes de iniciar propriamente o debate proposto neste tópico, importante registrar que o escopo desse trabalho é a busca de um modelo racional para o exercício do *jus puniendi*, que evite os seus excessos, uma vez que “a grande tarefa do Direito Público sempre foi (e continua sendo) a de construir barreiras

⁶⁰¹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal: Dos Elementos da Dogmática ao Giro Conceitual do Método Entimemático**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 188.

⁶⁰² Idem. Ibidem, p.188.

⁶⁰³ Idem. Ibidem, p.188/189.

jurídicas contra os avanços do poder estatal sobre as liberdades e direitos subjetivos”⁶⁰⁴.

Feita essa advertência, cumpre ainda esclarecer que não houve historicamente uma preocupação doutrinária em compreender o direito administrativo sancionador, que somente chamou a atenção da produção científica do Direito contemporaneamente. Assim, “durante muito tempo, prevaleceu a concepção de que a função sancionadora da administração decorreria de um poder de polícia, conceito não augurado constitucionalmente”⁶⁰⁵.

“(…) a função sancionadora não deve ser confundida com as demais atividades desempenhadas pela administração pública. Em razão de seu conteúdo material, deverá atuar com base em regime jurídico dotado de especificidades, consistentes na adoção de parâmetros e critérios que se aproximem da atuação jurisdicional. Dessa forma, não poderá, por exemplo, se valer do critério de discricionariedade em sua atuação sancionadora (…).”⁶⁰⁶

Ratifica-se o que foi lecionado na transcrição acima, e acrescente-se: *atuação jurisdicional penal*; pois como se defenderá adiante há similitude entre a natureza do direito administrativo sancionador e o direito penal, no que diz respeito à aplicação de *sanções*, constituindo-se este instituto jurídico como elo de ligação entre os campos do Direito citados.

Entende-se, de forma genérica, a *sanção* como a “consequência negativa que o ordenamento jurídico atribui à ocorrência de um ilícito, ou, ainda, ao descumprimento de um dever jurídico”⁶⁰⁷, pois, como esclarece Tércio Sampaio Ferraz Junior:

“(…) o Estado contemporâneo, caracterizado por sua extensiva intervenção no domínio econômico, tornou a tese da essencialidade da sanção, no sentido de um ato de coação, enquanto um mal, demasiadamente estreita. Hoje se fala, cada vez mais, de sanções premiais, como são, por exemplo, os incentivos fiscais, cuja função é o

⁶⁰⁴ MAIA FILHO, Napoleão Nunes e MAIA, Mário Henrique Goulart. **O Poder Administrativo Sancionador: Origem e controle jurídico**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 73.

⁶⁰⁵ COSTA, 2013, op. cit. p. 141.

⁶⁰⁶ Idem. Ibidem, p. 143.

⁶⁰⁷ MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 42.

encorajamento de um ato (sanção-prêmio) e não seu desencorajamento (sanção-castigo).”⁶⁰⁸

Embora se trate de fenômeno complexo, como se pode perceber da transcrição da lição acima, para efeito da finalidade desta pesquisa a dimensão que interessa da ideia de *sanção* é aquela que a define como “a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”⁶⁰⁹, gerando a imposição de um *castigo*, coativamente imposto pelo Estado, no exercício do *jus puniendi*.

Há, portanto, no sistema jurídico, um plexo de normas que têm como objetivo impor ou proibir condutas, que, de acordo com a *seleção do legislador*, impõem *sanções* quando descumpridas. Esse processo decorre da titularidade estatal para o exercício de um poder punitivo (*jus puniendi*).

“Com efeito, conscientes ou não, estamos permanentemente sujeitos a um universo infundável de regras de comportamento, as quais surgem das mais diversas formas de interação e controle social. E todas as regras, por mais informais, preveem sanções como meio de afirmação e validação.”⁶¹⁰

O poder punitivo esteve associado ao Direito Penal, de forma imediata e inquestionável, tornando-se uma espécie de “lugar comum” para a Ciência do Direito⁶¹¹. Hodiernamente, contudo, o *jus puniendi*, “prevalecente na doutrina, fortificou-se e foi erigido à categoria de “dogma do direito administrativo sancionador””⁶¹².

Formula-se, assim, a tese de um *regime jurídico sancionador*, fundado no *jus puniendi*, “através do qual, independentemente da natureza da sanção (penal ou administrativa), reconhecem-se alguns princípios como sendo de cogente

⁶⁰⁸ FERRAZ JR., 2007, op. cit., p. 120/121.

⁶⁰⁹ MACHADO NETO, 1973, op. cit., p. 191.

⁶¹⁰ QUEIROZ, 2013, op. cit., p. 61.

⁶¹¹ “É hoje quase unânime a delimitação do horizonte de projeção do direito penal centrada na explicação de complexos normativos que habilitam uma forma de coação estatal, que é o poder punitivo (...). O horizonte de projeção do direito penal, abarcando as normas jurídicas que habilitam e limitam o exercício do poder coativo do estado em forma de pena (poder punitivo), seria o universo dentro do qual deve ser construído um sistema de compreensão que explique quais são as hipóteses e condições que permitem formular o requerimento punitivo (*teoria do delito*) e qual é a resposta que diante deste requerimento a agência (judicial) competente (teoria da responsabilidade penal) deve proporcionar.” (ZAFFARONI *et alii*, 2006, op. cit., p. 39)

⁶¹² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 89.

aplicação”⁶¹³. Pode-se concluir, então, que o “*jus puniendi* serviria de elo de ligação entre o direito administrativo sancionador ao direito penal por meio do qual princípios e institutos típicos deste sistema seriam transportados ao direito administrativo”⁶¹⁴.

Não se quer afirmar, contudo, que todas as sanções administrativas⁶¹⁵ possuem a mesma natureza e efeito, pois elas estão dispostas em gradação diferente, variando conforma a gravidade do ilícito com o qual lida. Não há que se negar a maior gravidade, por exemplo, quando a sanção atinge as liberdades ou direitos fundamentais, logo não se pode equiparar uma multa administrativa com uma sanção que venha restringir direitos políticos⁶¹⁶.

Deve-se levar em consideração, todavia, que:

“(...) há sanções administrativas que se assemelham bastante àquelas de natureza penal. Tal é o caso da suspensão dos direitos políticos, restrições a direitos de contratar ou receber benefícios lato sensu da administração pública, e inclusive perda de cargos públicos, as quais, dependendo do ordenamento jurídico em que inseridas, podem assumir feições de natureza penal.”⁶¹⁷

E é exatamente o que acontece com a Lei de Improbidade Administrativa, que seguindo as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §4º, estabeleceu como sanções, entre outras, a perda de bens, a multa e a suspensão de direitos, penas estas que estão simultaneamente

⁶¹³ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86.

⁶¹⁴ PALMA. 2015, op. cit., p. 88/89.

⁶¹⁵ “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, **tipificada na norma proibitiva**, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.” (OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 106/107.)

⁶¹⁶ “O elemento punitivo inerente às sanções administrativas não se projeta de modo uniforme ou único na vida social, eis o ponto que gostaria de enfatizar insistentemente, ponto do qual decorre, ou pode decorrer, uma série de consequências notáveis, ainda que sutis. Igual fenômeno (falta de uniformidade de objetivos das diversas sanções previstas aos múltiplos ilícitos criminais), todavia, ocorre no campo penalístico, em que as finalidades ou os objetivos das sanções penais não são idênticas em todos os casos, estando dependentes, em boa medida, de políticas legislativas, judiciárias ou até executivas.” (Idem. Ibidem, p. 105.)

⁶¹⁷ Idem. Ibidem, p. 102/103.

previstas no mesmo texto constitucional como de natureza penal, consoante expressa disposição do art. 5º, XLVI, alíneas “b”, “c” e “e”.

Resta, dessa forma, o elo do *jus puniendi fortalecido* pelas amarras constitucionais, aproximando o direito penal do direito administrativo sancionador, representado, nesse caso, pela improbidade administrativa.

Cumpririam, assim, para a doutrina, as sanções administrativas e penais uma função de *prevenção geral*, admitindo-se, inclusive, que aquela possa desempenhar fins como a reeducação ou a ressocialização⁶¹⁸. Essa comunhão teleológica “torna bastante evidente a aproximação e a necessidade de coordenação entre as sanções penal e administrativa. Sobretudo quando se parte de uma concepção de prevenção geral positiva⁶¹⁹ fundada nos diferentes instrumentos de controle social”⁶²⁰.

Quem advogar contra essa similitude na finalidade da sanção, que une o direito administrativo sancionador ao direito penal, “se funda em uma compreensão absolutamente equivocada do aspecto punitivo da administração, que se limitaria a punir desobediências, independentemente de apresentar conteúdo material que fundamentasse a existência do ilícito”⁶²¹. Estar-se-ia adotando uma posição, assim, contrária ao Estado Democrático de Direito, além do fato de que “la pretensión de circunscribir la prevención general positiva al

⁶¹⁸ Vide TOMILLO, Manuel Gómez. **Derecho Administrativo Sancionador: Parte general**. Navarra: Thompson, 2007, p. 81 e segs.

⁶¹⁹ Para a corrente que trabalha com a noção de prevenção geral positiva, as normas jurídico-penais buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, a partir de sentidos éticos da coletividade. O aspecto positivo é atribuído à punição, pois à medida que o ilícito assume caráter negativo, pois representa a violação da norma, frustrando e fraudando expectativas, a pena (a sanção) assume uma função positiva, pois afirma a eficácia da norma ao negar sua infração, garantindo sua efetividade. Assim, “Proteção efetiva deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinqüente, dentro do possível, e a limitação dessa ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: a prevenção geral positiva. No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade co-responsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151.)

⁶²⁰ COSTA, 2013, op. cit., p. 154.

⁶²¹ Idem. Ibidem, p. 154/155.

derecho penal nos colocaría en la antesala de un derecho administrativo sancionador de corte autoritario"⁶²².

É perceptível, por aqueles que estudam o tema, a crescente utilização do direito administrativo sancionador e o seu impacto social na realização dessa função preventiva, que sempre foi atribuída ao direito penal, de sorte que:

“(…) devemos nos perguntar se não seria incorreta a afirmação de que a priori falta às sanções administrativas qualquer impacto simbólico relevante. Na medida em que o significado das manifestações das instituições formais encarregadas de aplicar o Direito, bem como das sanções por elas determinadas, não estão definidas previamente, mas passam por um processo social de atribuição de sentido, não nos parece possível, desde logo, desprezar a possibilidade de as manifestações e decisões de um órgão administrativo alcançarem impacto simbólico preventivo. Até porque, vale lembrar, a própria prática administrativista parece começar a incorporar as finalidades da sanção penal para aplicar suas sanções disciplinares.”⁶²³

Esse efeito se torna ainda mais claro no caso da improbidade administrativa, ante a concorrência do Poder Judiciário na aplicação das sanções.

Ainda sobre o tema da distinção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, há quem discuta se a distinção não estaria apenas fundada em critérios quantitativos ou qualitativos. Sobre a primeira, aduz-se o seguinte:

“Es urgente un replanteamiento por parte del legislador de los límites del Derecho penal y el Derecho administrativo. Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador.”⁶²⁴

⁶²² CASERMEIRO, Pablo Rando. **La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador: um análisis de política jurídica**. Valencia: Tiran lo Blanch, 2010, p. 355.

⁶²³ LUZ, Yuri Corrêa. **O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador**. In: PRADO, Luiz Regis e DOTTI, René Ariel (org.). **Direito Penal da administração pública**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011, p. 1104.

⁶²⁴ CERZO MIR, Jose. **Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo**. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975, p. 169. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788179>. Acesso em 05 de julho de 2016.

Na perspectiva da corrente quantitativa⁶²⁵, o critério utilizado leva em consideração que condutas mais graves devem ser sancionadas pelo direito penal, enquanto as condutas de menor gravidade seriam apenadas pelo direito administrativo.

Ao analisar criticamente a distinção de critérios estabelecida pela doutrina para entender a relação entre as sanções administrativa e penal, percebe-se que:

“Tanto a corrente qualitativa como a quantitativa padecem do mesmo mal: pretendem diferenciar o ilícito administrativo e o penal com base em critério metajurídico, sem fundamento no direito positivo. Com efeito, a primeira propõe que a diferença seja fundada na diversidade dos interesses tutelados; a segunda, que o critério seja a gravidade da conduta delituosa. Em ambos os casos a diferença seria estabelecida com base no comportamento praticado pelo infrator, sem qualquer vinculação com o ordenamento jurídico.”⁶²⁶

Não há, portanto, um critério fora do Direito, ou acima dele, que defina a natureza dos ilícitos e de suas sanções, pois em Direito “uma coisa é o que é por força da qualificação que o próprio Direito lhe atribui, ou seja, pelo regime que lhe outorga e não por alguma causa intrínseca, substancialmente residente na própria essência do objeto”⁶²⁷.

O que irá diferenciar, portanto, os ilícitos administrativo e penal é o regime jurídico ao qual se filia, implicando na determinação do tipo de sanção, de sorte que “*ilícito administrativo* é o comportamento ao qual se atribui uma sanção administrativa, enquanto *ilícito penal* é a conduta à qual é atribuída uma sanção penal”⁶²⁸, consoante estipulação do *direito positivo*.

“Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, pôsto que pena seja, de um lado, o mal

⁶²⁵ A corrente de oposição à quantitativa é a qualitativa, que defende a diferença entre as sanções administrativas e as penais, uma vez que “crimes seriam ilícitos que atingiriam interesses caros a toda a sociedade, enquanto infrações administrativas seriam comportamentos que ofenderiam interesses menores, muitas vezes confundidos com interesses da própria Administração Pública.” (MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 48.)

⁶²⁶ Idem. Ibidem, p. 57.

⁶²⁷ MELLO, Celso, 2007, op. cit., p.34/35.

⁶²⁸ MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 61.

infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, e. g., a multa administrativa e a multa de direito penal. Dir-se-á que só esta é conversível em prisão; mas isto representa maior gravidade, não diversidade de fundo. E se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser penas, com o mesmo caráter de contragolpe do ilícito, à semelhança das penas criminais.”⁶²⁹

A conclusão extraída do estudo realizado até o momento conduz a alguns efeitos práticos, como por exemplo:

“A inexistência de diferenças ontológicas em relação ao ilícito e às sanções cíveis, administrativas e criminais implica uma mesma *ratio juris* por ocasião da decretação de sanções. **As limitações ao exercício do poder punitivo estatal são extraídas diretamente do princípio constitucional do Estado de Direito**, e isso faz com que as noções de teoria geral do direito que foram aprofundadas pelos estudiosos do direito penal possam ser estendidas às demais categorias de ilícitos. **Garante-se, assim, que a repressão administrativa ou judicial de condutas ilícitas ocorra de modo não arbitrário.**”⁶³⁰ (grifos inautênticos)

O respeito aos direitos fundamentais e às garantias constitucionais na aplicação das sanções administrativas, portanto, é o efeito concreto e imediato decorrente da similitude desta espécie de sanção, como consequência do exercício do *jus puniendi*, como consequência do princípio do Estado Democrático de Direito, previsto no *caput*, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988, limitadas, então, pelo próprio sistema constitucional.

Daí decorre que uma das principais garantias, senão a principal, a da *legalidade penal estrita*, fundada na ideia de coibir o arbítrio estatal no exercício do *jus puniendi*, estende ao direito administrativo sancionador, e especificamente

⁶²⁹ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. In: **Revista de Direito Administrativo**. V. 1 – nº1. Rio de Janeiro: 1945, p. 27. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302>. Acesso em 06 de julho de 2016.

⁶³⁰ HARGER, Marcelo. **A Utilização de Conceitos de Direito Criminal para Interpretação da Lei de Improbidade**. In: **Revista Bonijuris**. Ano XXIII - nº 568 - Março/11, p. 18. Disponível em <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/ApresentacaoRevista.do;jsessionid=E88CF947EA3D4767CB580B39B7E2BA55?revista.idRevista=99>. Acesso em 06 de julho de 2016.

à Lei de Improbidade Administrativa⁶³¹, exigindo-se a *tipicidade* das condutas, com a sua taxatividade, para a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992, uma vez que a “tipicidade apenas desempenha funções de dar desdobramentos necessários à legalidade garantista do Direito Punitivo (...). A tipicidade oferece densidade normativa detalhada à legalidade”⁶³².

“Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da “hipótese de incidência” da sanção. A expressão, usualmente utilizada no campo tributário, indica o aspecto da norma que define o pressuposto de aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se através da lei.”⁶³³

Diante da importância da assumida, nesse contexto, pela tipicidade, e com o escopo de melhor compreender a teoria desenvolvida pelo Direito Penal para o instituto do *tipo*, então, será aberto um tópico específico para estudar as suas principais características e desenvolver a sua aproximação com o Direito Administrativo.

4.2 O TIPO NO DIREITO PENAL: A APROXIMAÇÃO COM O DIREITO ADMINISTRATIVO

Neste tópico a investigação recairá sobre a figura do *tipo*. Essa tarefa requer a análise da sua função primordial e das suas características essenciais, para, então, analisar a sua aproximação com o Direito Administrativo, notadamente no exercício de sua atribuição sancionadora. Para uma melhor compreensão, o tópico será subdividido em três partes para atender a cada uma dessas tarefas.

4.2.1 A Figura Jurídica do Tipo e a Certeza na Determinabilidade das Condutas Configuradoras de Ilícito: A Necessária Segurança Jurídica por Intermédio do Tipo

⁶³¹ Vide HARGER, 2011, op. cit., p. 20 e segs.

⁶³² OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 228/229.

⁶³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 818.

O *tipo* representa dentro da teoria do crime, como já foi asseverado no início deste capítulo, sob uma perspectiva metodológica, um dos elementos constitutivos do *crime*⁶³⁴, que, por sua vez, representam limites ao exercício do *jus puniendi* estatal. Assim, a teoria do crime, estabelecida como um método penal, confere à delimitação do *jus puniendi* um caráter científico.

Confere ao poder punitivo critérios específicos que objetivam explicar e racionalizar este tipo de poder estatal, e, ao mesmo tempo, o limita, de sorte que o que não estiver amoldado aos critérios/elementos do *crime*, não poderá ser objeto da pretensão punitiva estatal.

A ideia de limitação ao poder punitivo estatal é uma característica decorrente da própria consagração do Estado Democrático de Direito, ou seja, é uma conquista histórica marcada pela luta para a sedimentação de um modelo de no qual “todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais”⁶³⁵.

Esse Estado Democrático de Direito deve, por intermédio de seu sistema jurídico, assegurar politicamente e juridicamente a liberdade dos seres humanos, e por via de consequência o sobre princípio da segurança jurídica, uma vez que a liberdade “exprimirá sempre o sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcione às relações de indivíduo para indivíduo, sob a égide da autoridade governativa”⁶³⁶.

A partir desta introdução, renova-se a ideia de que o sistema jurídico, definido pelo Estado Democrático de Direito, tem como uma de suas tarefas delimitar a própria atuação estatal, principalmente quando do exercício de um poder de natureza punitiva, para assegurar a liberdade individual como corolário da aplicação do princípio da segurança jurídica.

Ainda nessa perspectiva, recorre-se ao ápice (ou centro) do ordenamento jurídico, para definir os limites sistêmicos desse *jus puniendi*, ou seja, recorre-se à

⁶³⁴ Os outros dois elementos são a antijuridicidade e a culpabilidade, que não serão objeto de estudo da presente tese, por ausência de conexão com o escopo do trabalho.

⁶³⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

⁶³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 149.

Constituição Federal para estabelecer as barreiras ao poder punitivo estatal. Assim, mais uma vez, invoca-se o princípio da legalidade penal⁶³⁷ como marco, e, principalmente, fundamento da *tipicidade*.

“(...) em que pese a história das ideias penais registrar períodos de marchas e contra-marchas em prol da humanização penal, o princípio da legalidade marca o início do direito penal científico porque somente a partir dele pode-se falar em aplicação limitada deste ramo do direito, por parte dos detentores do poder político. Ele é a máxima expressão desta dita limitação, por isso é regra de sede constitucional, sendo o fundamento de toda dogmática do crime e da pena.”⁶³⁸

A aplicação do *princípio da legalidade penal*, portanto, atribui ao legislador a função de especificar as condutas que serão passíveis da reprimenda penal, este processo gera o *tipo penal*. Importante registrar que, “quando o legislador tipifica uma conduta, ele já a qualifica abstratamente como reprovável pelo Direito Penal e, por isso, atribui uma pena a ela, dessarte ele já faz previamente uma valoração”⁶³⁹.

“A tipicidade é o cumprimento do próprio princípio da legalidade porque ela tem uma função de garantia. Somente será possível imputar uma pena como consequência jurídica de uma conduta criminosa caso a mesma esteja prevista na lei; dessarte, a necessidade de adequação da conduta à lei garante a não-incriminação de todas as outras condutas que não sejam tipificadas.”⁶⁴⁰

Cumprido o *tipo*, assim, importante papel na tarefa de garantir *segurança jurídica*. Esta, por sua vez, depende essencialmente no respeito à atribuição outorgada pela Constituição Federal ao legislador⁶⁴¹, pois é este o primeiro elo do processo, ao *selecionar* as condutas que serão criminalizadas.

Ocorre, porém, que diante da morosidade do Poder Legislativo em atender a dinâmica de uma sociedade cada vez mais *célere*, há uma crise da

⁶³⁷ Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁶³⁸ BRANDÃO, 2014, op. cit., p. 190/191.

⁶³⁹ BRANDÃO, 2008, op. cit., p. 150.

⁶⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 150/151.

⁶⁴¹ “O princípio da legalidade possui um significado material. Este dito significado espelha uma face *política*, que nenhuma outra instituição do direito penal possui: este princípio é um filtro que permite verificar através do direito penal, em última análise, a própria face política do estado. Por conta desta face política, o princípio da legalidade é norma de sede constitucional (...).” (Idem. Ibidem, p. 148/149.)

legalidade que acabou por gerar um novo fenômeno, com a edição de *tipos abertos* e a outorga *inconstitucional* do papel de completar a tarefa do Legislativo ao Executivo.

“(…) vem se operando uma distorção na estrutura de poderes do Estado. Ou seja: como decorrência da lentidão dos legislativos, vem sendo criados instrumentos normativos, cuja edição passa para a órbita do Poder Executivo cabendo ao Legislativo, dentro da normalidade constitucional um trabalho de referendar as normativas provenientes do executivo. A rigor, atualmente o grande legislador não é mais o legislativo, mas os outros poderes, mormente o executivo. E não se pode desprezar a “criação normativa do Judiciário”.⁶⁴²

É preciso retomar neste ponto assunto já debatido, mesmo que perfunctoriamente, neste trabalho, qual seja: a questão das *normas penais em branco*⁶⁴³; uma vez que essa *outorga* de poder, conforme suscitada na transcrição acima, decorre da utilização dessa espécie normativa, que permite uma *complementação* por parte do Poder Executivo, que, por sua vez, se vale de normas inferiores. O *tipo* é incompleto, nesses casos, requerendo sempre uma complementação, e lidando, portanto, com os riscos da *arbitrariedade* dos outros Poderes.

São três as possibilidades previstas pela doutrina: a) quando o complemento ao *tipo* é encontrado na própria lei penal; b) quando o complemento é encontrado em outro diploma normativo de mesma estatura hierárquica; c) quando o complemento é disciplinado por normas produzidas por outra “instância” legislativa e possui hierarquia inferior.

Nos dois primeiros casos o tratamento dispensado considera que se está diante de uma questão de *interpretação sistêmica*, com o escopo de se produzir elementos conceituais para a definição do tipo⁶⁴⁴. As *normas penais em branco* em sentido estrito estão presentes apenas na terceira hipótese, representadas pelos “dispositivos legais em que o limite da conduta proibida , ou da própria

⁶⁴² LUISI, 2003, op. cit., p. 120.

⁶⁴³ Vide item 3.6.2, deste trabalho, p. 93 e segs.

⁶⁴⁴ “Trata-se de elementos constitutivos do tipo penal objetivo em que a valoração de seu conteúdo é estipulada, *a priori*, pelo próprio legislador, seja na mesma lei objeto da proibição, seja em lei diversa. Não se trata de *lei penal em branco*, mas sim de uma técnica legislativa, ou seja, uma opção do legislador em utilizar mais de um artigo para expressar uma norma dentro da mesma lei, ou em lei diversa.” (SCHMIDT, 2001, op. cit., p. 156/157.)

sanção, é ditado por outra instância legiferante ou autoridade”⁶⁴⁵. Há, todavia, quem entenda que nas três hipóteses se estaria diante de uma *norma penal em branco*, como Paulo Queiroz ao asseverar que:

“(…) só há autêntica lei penal em branco quando o tipo legal de crime, apesar de descrever a ação típica com seus elementos essenciais (objetivos, subjetivos ou normativos) e cominar a respectiva pena, remeter, expressa ou tacitamente, a complementação do preceito primário incriminador a uma norma de mesmo grau hierárquico (homogênea) ou de grau inferior (heterogênea). Há autores que restringem ainda mais esse conceito, entendendo que não se pode considerar como lei penal em branco aquelas normas que remetem a sua complementação a uma norma de mesmo nível hierárquico.”⁶⁴⁶

Em todos os casos, todavia, o que se depreende é que se trata de uma norma que exige a complementação de seu sentido, o *tipo* requer uma norma de complementação, seja ela do mesmo nível hierárquico ou inferior⁶⁴⁷. A pergunta que decorre da existência desta espécie de norma penal, que impacta diretamente sobre a *certeza (segurança jurídica)* que deve ser proporcionada pelo *tipo*, é acerca da funcionalidade, o papel assumido, pelas normas penais em branco.

O argumento comum para sustentar a necessidade de *normas penais em branco* no sistema jurídico é de que “este tipo de lei é necessária, dada à constante mutação das qualidades do *bem jurídico* protegido, e, ademais, que a norma penal não pode prever as múltiplas matizes de que a conduta punível pode revestir-se”⁶⁴⁸.

Dois contra-argumentos devem ser apresentados. Em primeiro lugar, a dinamicidade social não pode embasar a utilização de um direito penal de natureza autoritária, e, principalmente, dotado de imprecisão, uma vez que o argumento justificador dessa prática “confunde os planos do *ser* e do *dever ser*,

⁶⁴⁵ SCHIMIDT, 2001, op. cit., p. 157.

⁶⁴⁶ QUEIROZ, 2013, op. cit., p. 82.

⁶⁴⁷ É válido esclarecer que para essa pesquisa este debate não é central, pois não se pretende aprofundar, mas tão somente ilustrar a existência de um *tipo* que requer complementação

⁶⁴⁸ SCHIMIDT, 2001, op. cit., p. 159.

justifica este a partir daquele, e implementa a eudemonística prescrição de que “os fins justificam os meios”⁶⁴⁹.

A função de defesa social do sistema penal, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve atentar para o fato de que quanto maior a sua extensão, menor será a preservação das liberdades individuais fundamentais.

“As implicações para a cidadania – e a democracia – são significativas. Quanto mais se expande e legitima publicamente o sistema penal, chegando ao ponto, muitas vezes, do extermínio socialmente legitimado, mais obstáculos à construção da cidadania e mais riscos para a gestão dialógica e democrática do poder, eis que o binômio exclusão-criminalização, que faz dos pobres e dos excluídos socialmente os selecionados penalmente (criminalizados) radicaliza a escala vertical da sociedade (a desigualdade e as assimetrias), potencializando que a sociedade excludente se torne, cada vez mais, abortiva e exterminadora.”⁶⁵⁰

Em nome do Estado Democrático de Direito e da defesa da cidadania, resguardados constitucionalmente pela separação dos poderes, não se deve criar juridicamente mecanismos de ampliação da incidência do direito penal, nem sob o retórico argumento de defesa social, que muitas vezes prevalece. Por fim, “admitindo-se a justificação das leis penais em branco, com base na dinamicidade das relações sociais, estaremos avalizando a preguiça do legislador em adequar seus editos às mutações sociais”⁶⁵¹.

O segundo argumento para rechaçar a utilização das normas penais em branco, como consequência da impossibilidade do legislador de prever as múltiplas matizes de que a conduta pode se revestir, deriva de característica própria da norma legislada, pois quanto mais a sociedade evolui e a dinâmica social requer a prevenção por intermédio da tipificação de novas condutas, mais situações problemáticas demandarão solução legislativa, o que, portanto, nunca terá fim.

Assim, tem-se a dizer que, “em nome do ideal da *segurança jurídica*, se o Direito Penal não possui a capacidade de previsibilidade das variantes dos

⁶⁴⁹ SCHIMIDT, 2001, op. cit., p. 159.

⁶⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima – Códigos da Violência na Era da Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003a, p. 27.

⁶⁵¹ SCHIMIDT, 2001, op. cit., p. 159.

comportamentos humanos, é sinal de que não é ele o mecanismo eficaz para combater esse tipo de desvio social”.⁶⁵²

Ainda com o intuito de combater o recurso às denominadas normas penais em branco, deve-se trazer à baila o argumento acerca da sua inconstitucionalidade⁶⁵³. Há entendimento em sentido contrário, defendendo a sua constitucionalidade⁶⁵⁴, proferido, inclusive, pelo Tribunal Constitucional Espanhol (Sentencia 127, de 5 de julho de 1990)⁶⁵⁵, na qual se definiu os limites (requisitos)

⁶⁵² SCHIMIDT, 2001, op. cit., p. 159.

⁶⁵³ Como já foi apresentado anteriormente no item 3.6.2, p. 93/94.

⁶⁵⁴ “A doutrina em geral tem as leis penais em branco como constitucionais e compatíveis com o princípio da reserva legal, embora exija o atendimento de certos requisitos. Assim, por exemplo, Luzón Penã, para quem o recurso à técnica de remissão há de ser absolutamente excepcional por resultar estritamente necessário e imprescindível para completar a descrição típica da conduta. De modo semelhante, Cerezo Mir diz que essa técnica de remissão só é aceitável quando necessária por razões de técnica legislativa e pelo caráter sempre mutável da matéria objeto da regulação, que exigiria uma revisão muito frequente das ações proibidas ou ordenadas, motivo pelo qual na lei penal em branco já deve estar contida a descrição do núcleo essencial da ação proibida ou ordenada. E Jescheck considera que, quando a norma que há de completar a lei penal em branco tiver caráter delegado, o legislador deve prever a cominação legal, bem como descrever com precisão o conteúdo, a finalidade e o alcance da autorização que o cidadão possa extrair já na lei mesma os pressupostos da punibilidade e a classe de pena, pois do contrário não se respeitaria o princípio da determinação legal do delito e da pena.” (QUEIROZ, 2013, op. cit., p. 82/83.)

⁶⁵⁵ “(...) Desde la perspectiva del art. 25.1 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental incorporado a la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, resulta necesario tener en cuenta los siguientes principios generales que constituyen un cuerpo de doctrina formulada por la jurisprudencia de este Tribunal (STC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras):

A) El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como de reserva absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica; por otra, referida la seguridad a la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora. En definitiva, en términos de nuestra Sentencia 133/1987, el principio de legalidad penal implica, al menos, la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*).

B) Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC [62/1982](#)) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC [122/1987](#)); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC [122/1987](#), se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

para a compatibilidade do instituto com a Constituição, quais sejam: a) necessidade restrita da remissão; b) a previsibilidade da sanção na norma em branco; c) que haja a delimitação do núcleo essencial da conduta proibida. Somente com a concomitância desses requisitos a norma penal em branco será constitucional.

Na presente tese, todavia, como já foi suscitado no capítulo 3 (item 3.6.2), defende-se a inconstitucionalidade das normas penais em branco, desde que se refira àquelas em *sentido estrito*, também denominadas de heterogêneas, ou seja, as que dependem de uma complementação a ser formulada por intermédio de norma de estatura inferior, e expedida por outras autoridades que não sejam do

En el presente caso la Sentencia de la Audiencia Provincial objeto de impugnación apreció en la conducta del acusado, hoy recurrente en amparo, un delito de imprudencia del art. 565, párrafo primero, en relación con el art. 347 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en cuya previsión normativa cabe apreciar el establecimiento de las penas correspondientes a las conductas que se tipifican, la penalización de ilícitos relativos a un sector caracterizado por la intervención administrativa, como es la protección del medio ambiente, y la descripción de los comportamientos sancionados, referidos, en lo que aquí importa, a la provocación o realización directa o indirecta de vertidos de cualquier clase en las aguas terrestres que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal.

Por otra parte, el reproche del recurrente concretado en que el órgano judicial ha efectuado la integración necesaria de la norma penal acudiendo a un precepto que no estaba aún vigente en el momento de producirse los hechos, solamente podría considerarse como una aplicación retroactiva de la ley penal contraria a la garantía de la *lex previa* inherente el derecho de legalidad penal que consagra el mencionado art. 25.1 de la Constitución, si fueran ciertas las dos premisas de las que parte la tesis actora; esto es, la ineludibilidad de la referencia normativa extrapenal y que la conducta apreciada como delito no pudiera ser contemplada en su integridad con la misma significación antijurídica en la normativa integradora anterior a la mencionada Ley 29/1985 a que erróneamente se refiere la Sentencia, dada la fecha de entrada en vigor según su disposición final tercera.

Sin embargo, aunque en la construcción que hace la Audiencia para calificar penalmente los hechos fuera necesario apreciar la contravención de Ley o Reglamento protector del medio ambiente como elemento de la conducta típica (sin atender por tanto al argumento aducido por el Ministerio Fiscal en el sentido de que jurisprudencialmente la imprudencia temeraria del art. 565, párrafo 1.º, del Código Penal no precisa de infracción reglamentaria), lo que resulta en todo caso indudable es que en el momento de producirse los hechos enjuiciados, de acuerdo con el art. 226 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, estaba reglamentariamente prevista con la suficiente precisión en el Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprobó el Reglamento de Policía de Aguas, modificado por Decreto 1375/1972, como haría luego la Ley de 1985, tanto la prohibición de vertidos con reserva de autorización (art. 11) como la contravención consistente en realizar vertidos, directos o indirectos, que pudieran deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor por encima de los límites establecidos, en su caso, en las autorizaciones de vertidos (art. 30.12).

Puede concluirse, por tanto, que a la vista de la normativa vigente en el momento de producirse los hechos objeto del proceso, éstos constituían una conducta plenamente tipificada como delito, lo que significa que, con independencia de la formal referencia al art. 92 de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, tal conducta pudo ser penalmente sancionada sin quebranto alguno del art. 25.1 de la Constitución (STC [29/1989](#) y ATC [19/1989](#)).” (BOE núm. 181 de 30 de julio de 1990 – Disponible em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1552> - Acesso em 08 de julho de 2016.)

Poder Legislativo. Opina no mesmo sentido Paulo Queiroz, ao acrescentar que “são inconstitucionais, por implicarem violação aos princípios da reserva legal e divisão dos poderes”⁶⁵⁶.

Ao permitir que outro Poder que não o Legislativo, via de regra o Executivo, complemente o núcleo essencial da norma proibitiva, portanto, subtraísse do Poder Competente, por designação constitucional expressa, a tarefa de definir as condutas passíveis de punição na esfera penal.

Quando o Poder Executivo, por exemplo, define uma conduta ilícita por intermédio de uma portaria, viola:

“(…) a um tempo o princípio da reserva legal, por tolerar que simples portaria emanada do Poder Executivo possa dispor sobre matéria penal, criminalizando uma dada conduta, e o princípio da divisão dos poderes, já que é aquele poder, e não o Legislativo, que acaba legislando em tal caso.”⁶⁵⁷

Importante, ainda, reafirmar que as *normas penais em branco* não se confundem com os denominados *tipos abertos*, uma vez que estes na verdade são *tipos incompletos*. Cabe, portanto, a ressalva que “enquanto os tipos completos contém o conteúdo do injusto de uma espécie de delito dispondo todos os elementos, nos tipos abertos os elementos constitutivos não são descritos concretamente pela lei”⁶⁵⁸.

“A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais voltadas à repressão e controle de

⁶⁵⁶ QUEIROZ, 2013, op. cit., p. 83.

⁶⁵⁷ QUEIROZ, 2013, op. cit., p. 84.

⁶⁵⁸ SILVA, Pablo Aflen da. **O Risco da Técnica de Remissão das Leis Penais em Branco no Direito Penal da Sociedade de Risco**. In: Política Criminal. Nº 3, 2007. A-7, p.6. Disponível em: http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/lei+penal+em+branco/WW/vid/44091009/graphical_version. Acesso em 08 de julho de 2016.

dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo.”⁶⁵⁹

No caso dos tipos penais abertos, diferente da norma penal em branco em sentido estrito, cuja complementação é atribuição do Poder Executivo, quem irá conferir sentido à norma é o Poder Judiciário, por meio de um processo interpretativo fundado em juízos de valores, abrindo-se, como consequência, uma grande margem de discricionariedade (arbitrariedade).

Conforme foi discutido na presente tese⁶⁶⁰, na esfera penal não se deve admitir interpretações discricionárias, notadamente no intuito de aumentar a incidência do direito penal, admitindo-se apenas juízos de legalidade, o que reduz a margem de *decisionismo* por parte do Poder Judiciário. Torna-se, assim, completamente inaceitável, por atentar diretamente contra a Constituição, por também atentar contra o Estado Democrático de Direito e a separação dos Poderes, a previsibilidade de *tipos penais abertos*.

Corroborar esse entendimento a lição de Alberto da Silva Franco, Penalista e Magistrado, ao considerar que:

“No Estado de Direito, Juiz Penal não é policial de trânsito, não é vigia de esquina, não é zelador do patrimônio alheio, não é guarda do sossego de cada um. Não é sentinela do Estado. Ele não tem o encargo de bloquear a maré montante da violência ou de refrear a criminalidade, a criminalidade agressiva e ousada. O Estado verdadeiramente democrático reservou para tais fins outros órgãos da sua estrutura organizacional.

A missão do juiz criminal é exercer a função criativa nas balizas da norma incriminadora. É infundir em relação a determinadas normas punitivas o sopro do social. É zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão. É garantir a ampla e efetiva defesa, do contraditório, e a isonomia de oportunidades favorecendo o concreto exercício da função da defesa. É invalidar as provas obtidas com a violação da autonomia ética da pessoa. É livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo seu contato para as ciências humanas e sociais.

⁶⁵⁹ BATISTA, 2005, op. cit., p. 78.

⁶⁶⁰ Vide capítulo 3, item 3.7, p. 95-100.

(...) É compatibilizar o Estado de Direito com o Estado Social que lhe é subjacente. É em resumo, ser o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo.”⁶⁶¹

A temática da função da tipicidade de garantir segurança jurídica, efetivando o princípio da legalidade penal, será de extrema importância para discutir a limitação da arbitrariedade no exercício de atividade punitiva estatal, que também se aplica ao direito administrativo sancionador, como já foi suscitado, ante a similitude de natureza jurídica, particularmente na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Este será objeto de discussão mais adiante. Antes, todavia, ainda na busca da melhor compreensão do instituto do *tipo*, serão discutidas suas características essenciais no próximo tópico.

4.2.2 Evolução, Características e Elementos do Tipo Penal

A doutrina que discute o *tipo* surge com o desenvolvimento do conceito de *Tatbestand*⁶⁶², que é traduzido em termos técnicos jurídicos, como a “exigência de certeza na configuração das figuras delituosas, limitando o arbítrio dos governantes e, principalmente, daqueles que julgam”⁶⁶³.

Pode-se afirmar, então, que a noção de *tipo*, desde a sua origem, está relacionada à garantia de *segurança jurídica* por intermédio da efetivação do *princípio da legalidade*. Inicialmente este conceito foi desenvolvido por Ernst Beling, que defendia ser o *tipo* meramente descritivo, desvinculando-o, assim, de qualquer função valorativa. Sobre a temática assevera Luiz Luisi que:

“Em *Die Lehre vom Verbrechen*, o tipo para Beling, se configura como constituído dos elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito, caracterizando-se por nele não estarem incluídos quaisquer elementos que tenham implicações axiológicas, ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas de qualquer ordem. Somente integram o tipo, nesta primitiva concepção do Mestre de Munich, aqueles aspectos destituídos de conotações valorativas e subjetivas, uma vez que ele é, essencialmente, objetivo, descrevendo aquilo que integra o

⁶⁶¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.15.

⁶⁶² A palavra alemã *Tatbestand* traduzida literalmente significa *estado de fato*. Vários têm sido os significados, todavia, imputados ao *Tatbestand*, de sorte que para os autores portugueses e brasileiros em geral a utilizam para referenciar o vocábulo *tipo*.

⁶⁶³ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 13.

delito, sem referências axiológicas e sem alusões a posturas psíquicas do sujeito do crime.”⁶⁶⁴

A função do tipo é descrever os elementos materiais do delito ⁶⁶⁵, excluindo-se do seu âmbito qualquer avaliação valorativa, o que o dissocia por completo dos demais elementos: a antijuridicidade e a culpabilidade; representando apenas um indicio destes componentes do *crime*.

O *tipo* assume uma função nuclear, central, para o Direito Penal, uma espécie de *conceito tronco*, do qual decorrem todos os demais conceitos penais, “já que eles só podem ser estabelecidos se previamente a tipicidade estiver concretizada”⁶⁶⁶. Como já foi asseverado anteriormente, é um instituto que possui a capacidade de conferir sistematicidade ao Direito Penal, ao estabelecer uma espécie de inter-relação com os demais elementos do crime.

A construção teórica de Beling, todavia, foi alvo de diversas críticas, em decorrência, principalmente, da sua “pureza” valorativa. É inegável que, “quando o legislador tipifica uma conduta, ele já faz um juízo de desvalor inicial sobre ela, vez que ao associar uma pena àquela, tal conduta foi considerada digna da maior e mais grave sanção que o ordenamento jurídico pode impor”⁶⁶⁷.

A partir dessa perspectiva, não se pode negar que, mesmo indiciariamente, toda conduta típica é, em princípio, também antijurídica, pois “al tratar de la formación del tipo es preciso referirnos a la teoría de la antijuridicidade. En efecto, el injusto es anterior al injusto típico”⁶⁶⁸.

Pode-se afirmar, então, que o *tipo* é em verdade uma espécie de comportamento injusto (*tipo de injusto*), pois “contém todos os elementos que fundamentam o injusto específico de uma figura delitiva, ainda que não pertençam

⁶⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 15.

⁶⁶⁵ “É relevante realçar que ela não desenvolve um papel meramente formal, mas ao contrário, é a tipicidade o suporte através do qual o direito penal se apóia para a construção de um caminho para o conhecimento da proibição e é aí que se assenta a sua fundamental importância, poi ela também revelará o conteúdo desta proibição, isto é, a sua substância.” (BRANDÃO, 2014, op. cit., p. 37.)

⁶⁶⁶ Idem. Ibidem, p. 45.

⁶⁶⁷ BRANDÃO, 2014, op. cit., p. 56/57.

⁶⁶⁸ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal – Tomo I**. Barcelona: Ariel, 1962, p. 249.

à matéria da proibição⁶⁶⁹, de sorte que toda conduta tida como *típica* é também antijurídica, se não concorrer uma causa de justificação⁶⁷⁰.

O desenvolvimento do conceito de *tipo*, no Direito Penal, está intimamente associado à evolução de um de seus principais elementos, qual seja: a *ação*; pois somente mediante a prática de uma ação por parte de um ser humano é que o direito penal poderá lhe sancionar, de sorte que “o tipo concreto, isto é a ação adequada ao tipo, é, por sua vez, objeto do juízo de antijuridicidade e culpabilidade⁶⁷¹”.

A teoria *causal da ação*, fundamentada na “estrutura filosófica de um positivismo mecanicista, que utiliza a ideia de causa e efeito para a verificação do comportamento humano⁶⁷², utilizando-se da estrutura metodológica das ciências naturais para estudar fenômenos das ciências sociais. Há, nessa perspectiva, “uma grande valoração do resultado físico, em detrimento da conduta. O que importa verificar é se a relação causa-resultado foi bem sucedida⁶⁷³”.

“A ação desempenha já aqui uma função básica no conceito de delito, vindo a constituir-se em elemento geral e comum a qualquer espécie de crime, capaz de ser seu substantivo, ao qual se agregam atributos legais imperativos, da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Para que, efetivamente, esse papel seja bem desempenhado, o conceito de ação deve conter unicamente o que for mais geral e necessário à formulação, tendo em vista seus objetivos.”⁶⁷⁴

A tese dessa teoria *causal da ação* corrobora a ideia de Beling, que o *tipo* não deve ser avaliado axiologicamente, como já foi explicado. Percebendo a insuficiência deste pensamento, sem abandonar a matriz *causal*, e fundamentada na filosofia kantiana, desenvolveu-se uma nova matriz teórica, denominada de *neo-causalismo*.

⁶⁶⁹ BRANDÃO, 2014, op. cit., p. 58.

⁶⁷⁰ “Una conducta típicamente adecuada, es decir, contraria a la norma, estará en contradicción con el orden jurídica en su totalidad (...) sino también antijurídicamente, si no concurre en favor de él un fundamento de justificación. El juez que haya comprobado la adecuación típica sólo necesita para determinar la antijuridicidad realizar un “procedimiento negativo”. No necesita buscar ningún otro elemento para pasar de la contrariedad a la norma a la antijuridicidad, sino que se limitará a investigar si em el caso no concurre una proposición permisiva.” (ROXIN, 1979, op. cit., p. 5.)

⁶⁷¹ LUISI, 1987, op. cit., p. 29.

⁶⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 421.

⁶⁷³ LOPES, 2006, op. cit., p. 20.

⁶⁷⁴ TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: Variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 17

Essa nova corrente promove a introdução da axiologia no estudo do ilícito penal. Nessa nova matriz teórica, “a questão valorativa foi analisada em todas as características do crime, determinando o conteúdo das diversas categorias que compõem o conceito analítico de delito. É o positivismo normativo aplicado ao Direito Penal”⁶⁷⁵.

“O tipo penal, nesta premissa teórica, apresentava uma agregação de valores, nos moldes da proposta neo-Kantiana adotada. Um modelo típico puramente descritivo, como pretendido por Beling, não mais dava sustentação ao modelo de ação proposto e aceito pela dogmática jurídico-penal. Na sua evolução foram introduzidos ao conceito elementos outros que não apenas descritivos. A inclusão dos elementos normativos foi realizada por Mayer, enquanto parece ter sido Mezger o responsável pela revelação da existência de elementos subjetivos. Ainda, a independência entre tipo penal e ilicitude existia e era facilmente perceptível.”⁶⁷⁶

Partindo da premissa de que a ação para o direito penal não é apenas uma modificação do mundo físico, a denominada teoria social da ação, passa defender que este “é um conceito valorado, posto que ela somente existe no meio social. É uma realidade que, em síntese, tem, basicamente, significação social”⁶⁷⁷, passando a ser fundamental, além da alteração do mundo natural, a caracterização da relevância social da conduta.

“Esta compreensão da ação humana como algo valioso, no modo em que é concebida, em virtude de certas premissas filosóficas, e como consequência, também, destes pressupostos, faz com que o tipo que é constituído de conceitos, implique não uma reprodução da realidade natural, mas uma verdadeira transformação metodológica, que lhe dá uma fisionomia peculiar, nele – muito acima do objetivismo belingiano – constando os elementos normativos e os elementos subjetivos.”⁶⁷⁸

Para teoria da ação social o *tipo* é dotado de um conteúdo material, ou seja, é o tipo de injusto que indica a antijuridicidade, gerando uma verdadeira antijuridicidade tipificada. Os valores, assim, estão definitivamente incorporados à figura típica do direito penal. Há uma nítida evolução da teoria do delito, entendendo-se que:

⁶⁷⁵ LOPES, 2006, op. cit., p. 23.

⁶⁷⁶ Idem. Ibidem, p.23/24.

⁶⁷⁷ LUISI, 1987, op. cit., p. 34.

⁶⁷⁸ Idem. Ibidem, p. 35.

“(...) no tipo penal existem valorações a serem apreciadas. Entre os valores contidos no tipo penal, está o de somente se tutelar, via intervenção penal, aquelas condutas que se adequem a um modelo descritivo típico (tipicidade formal), desde que tal ação/omissão cause lesão, ou ameaça de lesão, relevantes, que obrigue a tutela penal. Esta é a definição de tipicidade material.”⁶⁷⁹

Em oposição a este modelo da ação social, foi construída uma nova corrente doutrinária, de autoria de Hans Welzel, denominada de *teoria finalista da ação*, fundada na ideia de que “a ação humana é exercício de uma atividade final”⁶⁸⁰.

Há um interesse a ser atingido pela ação humana, um fim, de sorte que ela “é realidade, portanto, já organizada, e com um contexto ontológico definido, antes de sua disciplina jurídica”⁶⁸¹. A consequência dessa forma de pensar é que os conceitos não criam, muito menos constroem, metodologicamente, um objeto, “mas constituem uma descrição de estruturas ônticas de um ser preexistente ao conhecimento”⁶⁸².

“O ser humano consegue, com sua percepção causal, prever as consequências dos atos intencionados, conseguindo mensurar e dirigir sua vontade. A finalidade dos atos pressupõe a antecipação do resultado intencionado, e a escolha dos meios para se alcançar o fim pretendido. Duas premissas teóricas fundamentam a doutrina finalista: o mundo se organiza com vistas a um fim; e a explicação dos fenômenos sociais consiste em entender o fim almejado, ao qual o acontecimento é dirigido.”⁶⁸³

Assim, “a característica ontológica, portanto, do conhecer e do querer humanos está nesta “intencionalidade”, isto é, nesta “finalidade”, que é sempre, por força da normação ôntica, visada pelo agente”⁶⁸⁴. A ação humana é sempre exercício de uma atividade final.

Para efeito de definição de *tipo*, a partir da teoria finalista da ação, esta é apenas mais um dado do tipo, perdendo, portanto, a sua posição de centralidade

⁶⁷⁹ LOPES, 2006, op. cit., p.30/31.

⁶⁸⁰ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

⁶⁸¹ LUISI, 1987, op. cit., p. 37.

⁶⁸² LUISI, 1987, op. cit., p. 39.

⁶⁸³ LOPES, 2006, op. cit., p. 25.

⁶⁸⁴ LUISI, 1987, op. cit., p. 39.

na teoria do crime. A análise do *injusto penal* passa a recair sobre a pessoa do agente, e não mais no fato, como era.

Importante registrar, que, para a teoria finalista, o *tipo* “contém a proibição da conduta descrita, sendo este seu elemento valorativo, e contém também a descrição da conduta proibida, sendo este o aspecto fático de seu conceito”⁶⁸⁵.

“Com a teoria finalista, o tipo penal tomou as feições dogmáticas atuais. Há a ideia do dolo e da culpa integrando tal conceito. O tipo tornou-se uma realidade complexa, com uma parte objetiva (que compreende a ação – com eventual resultado – e as condições e características objetivas do agente), e uma parte subjetiva (que constituía vontade reitora do agente, com o dolo e, por vezes, com elementos subjetivos do injusto).”⁶⁸⁶

Extraí-se dessas lições, que o *tipo penal*, a partir da construção teoria de Hans Welzel, é uma descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana, “sendo esta regida e formada pela vontade finalista, isto é, pelo conteúdo do querer do agente, evidente é que o tipo, por consistir na conceituação da conduta, inclui, como dado basilar, o conteúdo da vontade”⁶⁸⁷. O fim perseguido pelo agente, o que ele queria com a sua ação/omissão, passa, dessa forma, a ser parte integrante da estrutura do *tipo penal*.

Sobre essa mudança promovida pela *teoria finalista da ação*, esclarece Claus Roxin:

“De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que en el sistema clásico e incluso en el neoclásico se había entendido como forma de culpabilidad y del que también se consideraba componente necesario la conciencia del injusto, ahora aparece en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya como componente del tipo.”⁶⁸⁸

O *tipo*, sob uma perspectiva finalista, passa a ser composto por elementos subjetivos e objetivos. Os elementos subjetivos são os que demonstram os estados anímicos dos agentes, expressam, portanto, a vontade do autor do ato, representado pelo dolo, que por excelência é o elemento

⁶⁸⁵ LOPES, 2006, op. cit., p. 26.

⁶⁸⁶ Idem. Ibidem, p.26.

⁶⁸⁷ LUISI, 1987, op. cit., p. 41.

⁶⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. – Tomo I.** Madrid: Civitas, 1997, p. 199.

subjetivo, sem excluir, todavia, a possibilidade de também considerar a culpa. Esta última, porém, gera polêmica, como será esclarecido adiante.

Merece registro que, no conceito de dolo “oriundo do finalismo, a consciência da ilicitude não o integra, permanecendo na categoria da culpabilidade”⁶⁸⁹. Para melhor entender, todavia os elementos subjetivos, recorre-se à lição de Luis Jiménez de Asúa, ao explicar que:

“En numerosos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a ésta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, como hemos dicho, los incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de distinto modo.”⁶⁹⁰

Como foi dito, a priori, esse elemento subjetivo é verificado a partir do dolo⁶⁹¹, que, por sua vez parte da concretização de uma vontade (elemento volitivo), uma ação consciente conduzida pela vontade de ação. Assim, define-se que “el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es solamente la voluntad tendiente a la concreción del hecho, sino también la voluntad apta para la concreción del hecho”⁶⁹².

“(…) são elementos do dolo: elemento cognitivo/intelectual, que é a consciência do fato (não da ilicitude) e a previsão dos elementos do tipo, quando da realização da conduta; e elemento volitivo, que é a vontade de agir, levando-se em consideração o resultado e o nexos causal. Verifica-se também a previsão de possibilidade de influir no curso causal da ação.”⁶⁹³

⁶⁸⁹ LOPES, 2006, op. cit., p. 45.

⁶⁹⁰ ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 255.

⁶⁹¹ “La inclusión del dolo en el tipo subjetivo se fundamenta independientemente del concepto de acción con diversos argumentos, pero sobre todo con el de que el sentido social de las acciones típicas muchas veces no se puede comprender en absoluto prescindiendo del dolo (...)” (ROXIN, 1997, op. cit., p. 202.)

⁶⁹² WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 74.

⁶⁹³ LOPES, 2006, op. cit., p. 46.

Há ainda a possibilidade do denominado *dolo eventual*, que “trabalha com a visualização da hipótese de o autor do fato ter assumido o risco de alcançar o resultado típico, mesmo não o desejando diretamente”⁶⁹⁴.

Por último, há quem defenda a possibilidade de inclusão da culpa como elemento subjetivo, como é o exemplo de Cláudio Brandão, ao defender que: “como o tipo penal é a descrição da ação, pode-se afirmar que o dolo e a culpa estão presentes no tipo”⁶⁹⁵. Há quem sustente, ainda, que somente a culpa *stricto sensu* pode ser considerada elemento subjetivo do tipo⁶⁹⁶.

Não deve prevalecer, todavia, o entendimento de que a *culpa* possa ser considerada como elemento subjetivo do *tipo*, pois:

“(...) a estrutura do crime culposo é totalmente diversa, não comportando a denominada parte subjetiva do tipo penal. A culpa tem natureza normativa, posto que determina a tipificação de uma conduta que teve seu agir destinado a fins não proibidos, ou permitidos, pelo Direito. O fim da ação culposa é lícito, mas a forma de realização da conduta é que vai interessar à tutela punitiva que exerce o Direito Penal.”⁶⁹⁷

Entende-se, dessa forma, que “o delito culposo contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta: o desatendimento ao cuidado objetivo exigível ao autor”⁶⁹⁸, de sorte que o desvalor da ação é maior que o desvalor do resultado, não podendo, portanto, uma vontade lícita configurar momento subjetivo do tipo penal.

Claus Roxin, define a questão de forma direta, ao afirmar que: “actualmente se ha impuesto la concepción de que también hay un tipo subjetivo y que éste se compone del dolo”⁶⁹⁹. Assim, conclui-se, nessa tese, que o elemento subjetivo do *tipo* é o dolo.

Com relação aos elementos objetivos, há uma discussão acerca da sua divisão. Há quem sustente a existência de duas espécies de elementos objetivos:

⁶⁹⁴ Idem. Ibidem, p.46.

⁶⁹⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63.

⁶⁹⁶ Vide GALVÃO, Fernando e GRECCO, Rogério. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p.120.

⁶⁹⁷ LOPES, 2006, op. cit., p. 47.

⁶⁹⁸ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 134.

⁶⁹⁹ ROXIN, 1997, op. cit., p. 307.

descritivos e normativos⁷⁰⁰. Prevalece hoje, todavia, o entendimento de que os elementos que eram designados como descritivos são os elementos objetivos, e como uma terceira categoria surgem os elementos normativos. Adotar-se-á essa última forma para o tratamento do tema.

Os elementos objetivos foram inicialmente identificados “pela simples constatação sensorial, isto é, podem facilmente ser compreendidos somente com a percepção dos sentidos”⁷⁰¹. O desenvolvimento dessa noção, hoje, permite definir estes elementos como “um modelo de conduta, logo o núcleo do tipo penal é um verbo, que é conceitualmente identificado com a ação. Além da ação, tudo o que se concretizar no mundo exterior é elemento objetivo”⁷⁰².

Para além dessas concepções, com o escopo de uma decomposição analítica dos elementos objetivos, leciona Claus Roxin que:

“Junto al sujeto activo, el resultado y el necesario nexo de imputación entre ambos, pertenecen además al tipo múltiples elementos específicos de cada delito y que caracterizan con más detalle la acción del autor, pues sólo en unos pocos casos ocurre que un bien jurídico, como p.ej. la vida humana (§ 212), es protegido penalmente contra cualquier forma imputable de menoscabo.”⁷⁰³

Sistematizando essa ideia, Luiz Luisi⁷⁰⁴ delimita três elementos objetivos do tipo: a) sujeito ativo primário; b) conduta externa; c) bem jurídico protegido ou tutelado. Far-se-á adiante uma análise sobre cada um deles.

O sujeito ativo do delito, *a priori*, pode ser qualquer pessoa física que pratique a conduta tipificada. Existem, contudo, tipos especiais, que não admitem que qualquer um possa praticar o crime, de sorte que existem “tipos que exigem um sujeito especial, isto é, um sujeito ativo primário com específicas qualificações”⁷⁰⁵.

⁷⁰⁰ “Com isso não estamos afirmando que o termo objetivo só se refira a objetos perceptíveis pelos sentidos. São objetivos todos aqueles elementos que devem ser alcançados pelo dolo do agente. Dividem-se em descritivos e normativos.” (TOLEDO, 1994, op. cit., p.153/154.)

⁷⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral – Volume 1**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 200.

⁷⁰² BRANDÃO, 2015, op. cit., p. 63.

⁷⁰³ ROXIN, 1997, op. cit., p. 305.

⁷⁰⁴ LUISI, 1987, op. cit., p. 43.

⁷⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 44.

Outro ponto importante, diz respeito à possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, temática controvertida. A Constituição Federal de 1988, previu essa possibilidade em seu art. 225, §3⁷⁰⁶, limitando-a, contudo, aos casos de crimes perpetrados contra o meio-ambiente. Com fundamento no preceito constitucional foi editada Lei Ambiental (9.605/1998), prevendo a responsabilização penal de pessoas jurídicas, no *caput*, de seu art. 3⁷⁰⁷.

Houve quem argumentasse acerca da inconstitucionalidade da referida lei, o que parece estranho, uma vez que ela se limitou a regulamentar a Constituição Federal, que prevê a aplicação do direito penal às pessoas jurídicas, limitando à hipótese de crime ambiental, como foi mostrado⁷⁰⁸.

Necessário advertir, sob a perspectiva dogmática, que:

“(...) estando estruturado e designado a reger a vontade humana (a pessoa física) e suas motivações, exclusivamente, o direito penal, ao menos como ainda hoje o conhecemos, seria incompatível com essa responsabilidade, de sorte que penalmente a pessoa jurídica não poderia ser sujeito ativo de uma ação que seja típica, ilícita e culpável. Faltar-lhe-ia, enfim, capacidade de ação.”⁷⁰⁹

O Supremo Tribunal Federal, contudo, manifestou entendimento pela constitucionalidade, como se pode depreender dos seguintes julgados:

⁷⁰⁶ Art. 225 (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁷⁰⁷ Lei nº 9.605/1998 - Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

⁷⁰⁸ Críticas foram, contudo, formuladas a essa inovação no ordenamento jurídico pátrio, fundada nos seguintes argumentos: “Político-criminalmente, semelhante dispositivo violaria o princípio da proporcionalidade, pois, tendo em vista os fins preventivos gerais e especiais da pena, tal responsabilidade seria desnecessária e inadequada, sobretudo porque as sanções administrativas já existentes seriam bastantes para combater os atos abusivos praticados por empresas; se compararmos, aliás, as sanções previstas nos artigos que tratam das sanções penais e administrativas, verificaremos que são essencialmente as mesmas, implicando (aparentemente) *bis in idem*. (...) Poder-se-ia objetar, ainda, que, se, com as medidas administrativas já previstas, não são atingidos os fins preventivos desejados, apesar da menor formalidade e maior presteza que as presidem, é improvável que tais finalidades sejam atingidas por meio do processo penal, que é, em geral, mais demorado, mais burocrático e cercado de garantias mais rigorosas.” (QUEIROZ, 2013, op. cit. p. 183/184.)

⁷⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 184.

“(...) no que concerne a norma do §3º do art. 225 da Carta da República, não vislumbro, na espécie, qualquer violação ao dispositivo em comento, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural.” (RE 628582 AgR/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 6.9.2011)

“EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental (...).” (RE 548181/PR, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 6.8.2013)

Pela análise dos trechos transcritos, fica evidente que o Supremo Tribunal Federal considera constitucional a responsabilização penal de pessoas jurídicas, mesmo diante das críticas formuladas pela doutrina⁷¹⁰.

O segundo elemento objetivo é a conduta. Ela é indicada pela norma incriminadora com um verbo, e representa o núcleo do tipo, de sorte que “é ela que modela a estrutura da figura típica e integra todos os seus elementos”⁷¹¹. Há

⁷¹⁰ “A tutela penal do meio ambiente é, sem dúvida, absolutamente necessária. A intervenção penal se faz indispensável, mas deve ser limitada às formas mais graves de agressão ao bem jurídico em causa, de molde a servir efetivamente para a prevenção e a repressão. E elaborada cuidadosamente através de uma legislação tecnicamente correta, sem as maxi e as mini-cretinices da Lei nº 9.605. Aconselhável será partir para a elaboração de uma outra lei, que seria resultado de um amplo debate, com a participação dos cientistas penais das nossas Universidades e dos Institutos especializados em questões criminais, e de estudiosos idôneos da temática do meio ambiente.” (LUI SI, 2003, op. cit., p. 100.)

⁷¹¹ LUI SI, 1987, op. cit., p. 48.

uma tendência que ela descreva com generalidade, comportando assim uma grande variedade de formas para a sua efetivação, ou seja, de sorte a ampliar o alcance normativo.

Deve-se ter extremo cuidado com esse grau de generalidade, em decorrência das advertências acerca dos chamados *tipos abertos*, pois “em que pese à multiplicidade de modos pelos quais se pode realizar a atividade descrita genericamente, tem limites. Somente uma conduta concretamente idônea para realizar o tipo é que nele se pode subsumir”⁷¹².

Com relação à conduta, e, especificamente a observação feita acima, importante teoria desenvolvida pela dogmática do direito penal é a da *tipicidade conglobante*. A ideia transcendente da expressão *conglobante*, confere um sentido de aglutinação, e com isso o alcance proibitivo da norma não se esgota em si própria, mas deve ser observada de forma *conglobada* na ordem jurídica. Dessa forma, a teoria desenvolvida defende que “a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, visto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas”⁷¹³.

“Essa teoria que se inspira na teoria das normas de Binding e no conceito de antinormatividade de Welzel, considera que todo tipo penal pressupõe uma norma que lhe é subjacente (anteposta a ele), como, por exemplo, no homicídio, a norma “não matarás”, no furto, a norma “não furtarás” etc. Resulta, assim, que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa. Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adapta formalmente a uma descrição típica, só por essa circunstância seja penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que seja antinormativa, isto é, que esteja proibida pela norma (pelo “não matarás”, “não furtarás” etc.)”⁷¹⁴

Em síntese, não se pode confundir tipicidade legal e tipicidade penal, sendo que esta pressupõe aquela, mas não a esgota, pois a tipicidade penal precisa, além da tipicidade legal, da *antinormatividade*. Para compreender este conceito é preciso diferenciar *lei* e *norma*.

⁷¹² Idem. Ibidem, p.48.

⁷¹³ ZAFFARONI e PIERANGELI, 1997, op. cit., p.436.

⁷¹⁴ QUEIROZ, 2013, op. cit., p.206.

A lei decorre do trabalho do legislador e está positivada em um texto legal, no qual está descrita em um enunciado a conduta tida por proibida, já a norma “não está na esfera da lei, mas é uma decorrência lógica que é extraída do tipo. O tipo permite ver através dele a norma, que é um imperativo de comportamento, positivo ou negativo, mas esse imperativo é alheio ao próprio tipo”⁷¹⁵. A norma, então, está no plano da lógica compreensiva proporcionada pela lei.

Após essa necessária elucidação, recorre-se aos ensinamentos de Cláudio Brandão para definir a *antinormatividade*⁷¹⁶, ao lecionar que:

“(...) a verificação da antinormatividade da ação nada nos diz acerca de sua punibilidade. Isto se dá porque a antinormatividade é uma condição necessária para a punibilidade, mas não uma condição suficiente para tanto. Com efeito, ela esgota apenas a primeira fase da conceituação do crime, qual seja a tipicidade. Porém só é possível chegar aos juízos posteriores do conceito de crime se a ação foi antinormativa, já que é o tipo que permite conhecer o conteúdo da proibição, a qual gera a norma penal.”⁷¹⁷

Assim, se o fato é apenas típico não há, juridicamente, força para a aplicação da punição, pois ainda será necessário comprovar a presença dos demais elementos constitutivos do crime: antijuridicidade e culpabilidade.

Conclui-se, retornando ao tema da *tipicidade conglobante*, acerca da sua necessidade, uma vez que ela representa “apenas um modo de interpretar o texto a partir do contexto, dando-lhe interpretação, dando-lhe interpretação sistematizada”⁷¹⁸.

O último elemento objetivo do *tipo* é o bem jurídico tutelado, responsável por definir a existência, a estrutura e os fins do direito penal. A previsibilidade pelo

⁷¹⁵ BRANDÃO, 2014, op. cit., p. 62.

⁷¹⁶ É preciso destacar que “não podemos confundir a antinormatividade da conduta com a antijuridicidade da conduta. Com efeito, o direito penal não somente contém mandatos de proibição de comportamentos, extraídos dos tipos penais, mas também contém preceitos permissivos. Neste panorama, os preceitos permissivos dão a autorização para a realização das condutas típicas. (...) Em síntese: enquanto a relação entre a tipicidade e a antinormatividade é necessária, a relação entre tipicidade e a antijuridicidade é contingente.” (BRANDÃO, 2014, op. cit., p. 64.)

⁷¹⁷ Idem. Ibidem, p. 66/67.

⁷¹⁸ QUEIROZ, 2013, op. cit., p.207.

ordenamento jurídico de *tipos penais* tem, *a priori*, por escopo a proteção de bens considerados indispensáveis ou de grande relevo para a vida em sociedade.

Assim, “o legislador ao plasmar os tipos, descreve condutas e fatos que, em tese, são antijurídicos porque atentam contra bens e interesses a eles vinculados, que a sociedade reconhece da mais alta valia e significação”⁷¹⁹. Antecipando a análise que será feita a seguir, importante registrar que “o conceito de bem jurídico ainda desempenha indispensável papel político-criminal na limitação do poder de incriminar e não pode, como defendem alguns autores, ser substituído pelo princípio da proporcionalidade”⁷²⁰.

“A tarefa do direito penal é garantir a seus cidadãos uma convivência livre e pacífica sob a garantia de todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. De forma resumida, designa-se essa tarefa como proteção de bens jurídicos, e deve-se entender por bens jurídicos todos aqueles dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases.”⁷²¹

É antes de qualquer coisa um importante elemento de defesa das liberdades fundamentais do ser humano, uma vez que para a intervenção penal ser considerada legítima é preciso que exista lesão ou risco ao livre desenvolvimento dos cidadãos ou aos seus pressupostos sociais.

Como consequência há uma imposição de limites a atuação do legislador, diminuindo a sua margem de discricionariedade, “na medida em que um comportamento que não lesione de nenhuma forma as possibilidades de desenvolvimento de outros não pode ser considerado um injusto penal”⁷²².

Para averiguar a legitimidade de uma norma penal é preciso realizar uma avaliação de três níveis: o que deve ser protegido, de quem deve ser protegido e contra o que deve ser protegido; caso não se obtenha respostas satisfatórias, ao final desse processo, a norma penal deverá ser considerada ilegítima, por afrontar o livre desenvolvimento dos cidadãos e os seus pressupostos sociais.

⁷¹⁹ LUISI, 1987, op. cit., p. 50.

⁷²⁰ ROXIN, Claus. **O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador em Xequê**. In: **Revista dos Tribunais – RT - nº 922 – Agosto/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.291.

⁷²¹ ROXIN, 2012, op. cit., p. 296.

⁷²² Idem. Ibidem, p. 297.

Ante esse argumento, infere-se que “leis penais arbitrárias, motivadas apenas por razões ideológicas ou que lesionam direitos fundamentais, não protegem bens jurídicos; comportamentos imorais ou reprováveis ainda não fundamentam por si sós uma lesão a bem jurídico”⁷²³.

Uma outra importante observação sobre bens jurídicos, diz respeito à tipificação fundamentada em *princípios*, uma vez que estes não determinam quais os bens jurídicos a serem protegidos, analisando as três dimensões apontadas. Outra dificuldade decorre do fato que, “princípios jurídicos superiores não se deixam apreender em uma definição passível de subsunção, mas representam apenas um padrão orientador que deve ser concretizado na matéria jurídica”⁷²⁴.

A defesa da tese da presente pesquisa não defende um completo “engessamento” dos Poderes estatais, notadamente o Legislativo, pois se estaria colocando o próprio Estado Democrático de Direito em risco, mas a necessidade de cautela, e, principalmente a defesa dos direitos fundamentais⁷²⁵.

Chega-se à conclusão de que a liberdade para ser limitado ou relativizado “perante outros valores constitucionais que indiquem a necessidade de tutela penal, em virtude dos outros ramos do ordenamento jurídico não mais cumprirem os requisitos necessários de proteção do bem jurídico tutelado”⁷²⁶, considerando a relevância constitucional deste e as expectativas sociais.

“(…) o que deve ser considerado bem jurídico não se estabelece com linhas divisórias absolutas e com um limite “evidente”, e a referência ao bem jurídico de um dispositivo pode se revelar em maior ou menor intensidade. Se essa referência de fato existir, a margem de discricionariedade do legislador abrange tanto uma criminalização, como a criação de um injusto administrativo ou ainda a renúncia a qualquer espécie de sancionamento.”⁷²⁷

Mais uma vez, consoante direcionamento da presente tese, a questão é a defesa da *segurança jurídica*, nesse caso, pela determinabilidade do bem jurídico

⁷²³ Idem. Ibidem, p. 303.

⁷²⁴ Idem. Ibidem, p.303.

⁷²⁵ “(…) são as leis que se movem dentro dos direitos fundamentais e não os direitos fundamentais a moverem-se no âmbito das leis.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.)

⁷²⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.83.

⁷²⁷ ROXIN, 2012, op. cit., p. 304.

e os seus limites. Assim, “ a segurança através da determinabilidade passa pela segurança na previsibilidade normativa, assente numa disciplina jurídica geral mas suficientemente precisa (determinada)”⁷²⁸.

Cumpra o bem jurídico. Como elemento do tipo, então, importantes funções. A primeira diz respeito à limitação do *jus puniendi*, consoante foi explicado, a partir da definição constitucional do seu âmbito de incidência.

A segunda função é a de sistematização da matéria penal, ao determinar a divisão sistemática dos delitos na legislação penal a partir da comunhão entre os tipos acerca do bem jurídico protegido.

A terceira função é a dogmática, por intermédio da qual “utiliza-se do bem jurídico como elemento de interpretação da norma penal, que vem a direcionar o alcance da norma penal, correlacionando-a ao bem jurídico protegido”⁷²⁹. A colocação do bem jurídico como um dos elementos centrais do tipo, torna-o um importante e imprescindível instrumento para a interpretação das leis penais.

O próximo passo, agora, é o estudo dos denominados *elementos normativos do tipo*, que não são “elementos que se limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias, uma significação, um valor”⁷³⁰. Impossível compreender os elementos normativos do tipo, portanto, sem partir da premissa de que estes são portadores de valores.

“Funcionam como descrições de fenômenos do mundo naturalístico que necessitam de uma especial valoração do intérprete. A apuração de seu significado depende da consideração desta valoração que lhe é dirigida. A forma de apreender o sentido dos elementos normativos é diferente da forma de compreensão dos elementos objetivos. (...) os elementos normativos exigem uma interpretação axiológica, somente existente no mundo cultural. São normas sociais, morais e mesmo legais, que exigem um processo de captação de valores para a apreensão de seus significados.”⁷³¹

Por envolver a necessidade de valoração, os elementos normativos “não podem ser percebidos somente pelos órgãos dos sentidos, mas sim

⁷²⁸ CANOTILHO, 2008, op. cit., p. 148.

⁷²⁹ COELHO, 2003, op. cit., p. 132/133.

⁷³⁰ LUISI, 1987, op. cit., p. 57.

⁷³¹ LOPES, 2006, op. cit., p. 53.

compreendidos a partir da atribuição de um signo ao que está descrito no tipo”⁷³². Com base nesse entendimento, então, Enrique Bacigalupo defende que:

“Tratándose de elementos normativos el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa y esa valoración debe ajustarse a la del término medio de la sociedad. Los márgenes para el error son sumamente amplios y los problemas que de allí se pueden derivar extremadamente complejos. La distinción no es absoluta. No faltan casos en los que el componente descriptivo requiere alguna referencia normativa y viceversa. Lo decisivo para determinar la naturaleza de un elemento es cuál es su aspecto preponderante.”⁷³³

Por ser o Direito uma ciência de natureza normativa, toda leitura que se faz no seu âmbito é normativa. A separação que se faz, entre elementos objetivos e normativos, tem como escopo “destacar aquelas parcelas de compreensão da figura típica que necessitam de uma valoração especial para a sua compreensão”⁷³⁴.

Subdividem-se esses elementos em duas espécies: os tipos normativos propriamente ditos e os tipos axiológicos.

“Os primeiros são juízos valorativos “impróprios”, porque se trata de elementos do tipo já valorizados, isto é, de aplicações de valorações já realizadas pelo ordenamento jurídico. São conceitos já expressos em normas jurídicas, e com significações consagradas. Os segundos são conceitos que devem ser objetos de valorações. Estão no tipo, mas ao intérprete cabe a missão de dar-lhes o sentido adequado., resultante de uma valoração, que no possível, deve superar as concepções subjetivas do intérprete, para se vincular às valorações dadas pela massa das consciências individuais integrantes de uma comunidade, em um determinado momento histórico.”⁷³⁵

A preocupação, mais uma vez, é com a discricionariedade do intérprete, e o perigo que isso pode acarretar na aplicação de normas que materializam o *jus*

⁷³² BRANDÃO, 2015, op. cit., p.64.

⁷³³ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1999, p. 226

⁷³⁴ LOPES, 2006, op. cit., p. 55.

⁷³⁵ LUISI, 1987, op. cit., p. 58.

puniendi estatal⁷³⁶. A partir desta “inquietação”, faz-se necessário “limitar a órbita de “valoração” do intérprete e do aplicador da lei, condicionando essas valorações a certas diretrizes impostas pelos valores maiores, e fundantes, do ordenamento jurídico penal”⁷³⁷.

Duas são as medidas básicas necessárias para esse controle. A primeira é dirigida ao legislador, que deve evitar a utilização de elementos normativos, notadamente aqueles que são constituídos por expressões vagas e/ou ambíguas, pois, como já foi asseverado, isso contribui para a indeterminabilidade do direito penal, e põe em risco a determinação necessária para assegurar a segurança jurídica.

“Em que pese existirem várias comodidades no uso da técnica de legiferação sintética, ela deve ser utilizada de forma criteriosa na tipificação de condutas delituosas. O uso de elementos normativos enfraquece a eficácia do princípio da legalidade, no seu plano da taxatividade. Isto é fato. Uma atenção especial deve ser dada à verificação da utilização imoderada de determinados elementos normativos na construção do tipo penal, de modo a salvaguardar formal e materialmente o princípio constitucional da legalidade.”⁷³⁸

Como já foi trabalhado anteriormente, há uma preocupação com a violação do princípio da segurança, quando há a formatação de tipos penais excessivamente abertos, violadores do princípio da legalidade. Assim, a “taxatividade é a forma mais interessante de se preservar o sentido de segurança jurídica que se pretende fornecer às figuras típicas, além de ser importante limitador da atividade punitiva estatal”⁷³⁹.

A segunda medida é direcionada ao intérprete/aplicador, que deve buscar compreender o tipo a partir de uma interpretação sistemática, o que torna fundamental algumas considerações sobre o trato do direito penal como *sistema*.

⁷³⁶ “(...) o despotismo penal é sempre produto do decisionismo, quer dizer, do arbítrio dos juízes e dos critérios substanciais considerados subjetivamente por eles na identificação dos pressupostos da pena, tanto se aquele procede do caráter indeterminado e/ou valorativo da definição legal do desvio, quanto se, ao revés, provém do caráter incontrolável de sua comprovação judicial.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.)

⁷³⁷ Idem. Ibidem, p. 59.

⁷³⁸ LOPES, 2006, op. cit., p. 138.

⁷³⁹ Idem. Ibidem, p. 139.

Inicialmente, cumpre ressaltar a função desse conceito na *racionalização* da aplicação do direito penal, cujo escopo é realizar uma espécie de filtragem, uma vez que o seu desafio é “construir um sistema no qual as decisões jurisdicionais sejam racionais, descartando os atos legislativos, total ou parcialmente, quando sua irracionalidade for irreduzível”⁷⁴⁰.

O núcleo central desse sistema, e, portanto, responsável inicial por essa filtragem é a Constituição, dentro de um Estado Constitucional, qualificando-o como *sistema constitucional*. Essa ideia tem sido reforçada insistentemente ao longo desse trabalho, pois nessa perspectiva aumenta o compromisso de todo o Direito com a preservação das cláusulas constitucionais, notadamente o seu núcleo formado por um conjunto de direitos e garantias fundamentais. A constitucionalização do sistema jurídico, traz como consequência para o direito penal a aplicação de um conjunto de garantias constitucionais, daí o *garantismo penal*⁷⁴¹.

Outra consequência da aplicação da ideia de sistema, na delimitação da aplicação do direito penal, é a vedação da utilização de ficções jurídicas, uma vez que há uma ontologização do Direito, impondo o respeito à realidade.

“Todo sistema de compreensão elaborado pelo direito penal de contenção, limitador ou liberal, deve reconhecer que os conflitos para os quais projeta decisões e as consequências da criminalização, cujo avanço propõe habilitar, são produzidos em um mundo físico e em uma realidade social protagonizada pela interação de pessoas dotadas de um psiquismo que dispõe de suas respectivas estruturas, e que tudo isso é real, ôntico, existe no mundo dessa maneira e não de outra. Por isso, o sistema deve admitir que, quando o legislador se refere a algum dado do mundo, não pode inventá-lo, mas sim deve respeitar elementarmente a sua onticidade.”⁷⁴²

Assim, o respeito às estruturas reais do mundo do *ser* é condição para a eficácia do direito, de sorte que deve haver uma funcionalidade política dos conceitos penais, extraída da realidade, ou seja, das decisões políticas extraídas da sociedade. Isso torna a manipulação e conhecimento do sistema jurídico extremamente complexo, requerendo uma grande preparação dos profissionais

⁷⁴⁰ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA e SLOKAR, 2006, op. cit., p.156.

⁷⁴¹ Esta ideia será aprofundada no item 4.4 deste capítulo.

⁷⁴² ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA e SLOKAR, 2006, op. cit., p. 174.

que lidam com a sua operação, para que estejam aptos a lidar com uma relação dialética e simbiótica entre texto e contexto.

O objetivo de toda explicação desenvolvida neste tópico tem como finalidade delimitar e definir as principais características do *tipo penal* que se pretende importar para o denominado *direito administrativo sancionador*, em decorrência da similitude entre os institutos, uma vez que a natureza de ambos está relacionada ao exercício do *jus puniendi* estatal. Esse estudo será realizado no tópico a seguir.

4.2.3 Aproximação entre o Tipo Penal e o Tipo do Direito Administrativo Sancionador: Uma Questão Constitucional

Inicialmente, é preciso enfrentar um argumento desfavorável a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, no que diz respeito à necessidade de tipificação das condutas, qual seja: a ausência de previsibilidade constitucional da *tipicidade administrativa*.

A Constituição Federal de 1988, em ser at. 5º, inciso XXXIX, previu expressamente a necessidade do *tipo* para o direito penal, mediante incorporação da clássica tutela da *legalidade penal* na figuração do seguinte brocardo: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal); sem existir norma correspondente para o direito administrativo sancionador⁷⁴³. Qual o sentido deste silêncio do legislador constituinte?

“Ora, pode refletir a ignorância de um momento histórico ou a abertura à atualização das normas constitucionais implícitas no momento histórico oportuno e pertinente. Pensamos que ambas hipóteses estão corretas. É sabido que, à época da constituinte, não havia maturidade política suficiente para entender o alcance, o potencial e o conjunto de limites inerentes ao Direito Administrativo Sancionador. (...) Não se previu a

⁷⁴³ Há quem defenda que: “No campo do direito administrativo sancionador, o princípio da legalidade exige que o ilícito administrativo e a respectiva sanção sejam criados por lei formal. Apenas o legislador pode tipificar uma conduta como ilícito administrativo e imputar à sua prática uma sanção administrativa. Trata-se de aplicação, no direito administrativo, do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, previsto no inciso XXXIX do art. 5] da Constituição Federal.” (MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 120.)

tipicidade ou a legalidade expressamente para o Direito Administrativo Sancionador, mas nem por isso as portas ficaram fechadas a essa possibilidade hermenêutica.”⁷⁴⁴

A interpretação necessária à defesa dessa ampliação do princípio da legalidade, em um sistema constitucional, como vem se defendendo, deve iniciar, por óbvio, na própria Constituição Federal, mas sem perder, também, o referencial do necessário contexto que impõe a ampliação do referido princípio.

O texto constitucional, de forma expressa, em seu art. 5º, §2º⁷⁴⁵, prevê a possibilidade de se reconhecer novos direitos fundamentais, além daqueles taxativamente tutelados na carta política, desde que estes estejam em consonância com os princípios e o regime adotado pela *lex legum*⁷⁴⁶.

Assim, é possível “apontar a existência da *materialidade dos direitos fundamentais*, que não adere à tese da previsão de direitos fundamentais como resultado de expressa alusão ao texto constitucional”⁷⁴⁷. O referido dispositivo constitucional, portanto, inseriu uma *cláusula de abertura*, que permite o reconhecimento de outros direitos fundamentais que não estejam expressamente previstos no texto constitucional.

“Isso mostra que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa (...). Relembremos quem, em tema de direitos fundamentais, consoante a concepção tradicional, historicamente ligada ao jusnaturalismo, esses direitos são apenas reconhecidos pela ordem jurídica, pois já existentes. Logo, segundo defendemos, não é necessário estejam incluídos numa constituição ou declaração formalizada, para que sejam respeitados. Basta que ostentem a natureza de fundamentalidade material. Essa é a verdadeira inteligência que se extrai da dicção do §2º do art. 5º da Constituição Federal, que encerra uma “cláusula materialmente aberta” (...).”⁷⁴⁸

Abre-se a possibilidade hermenêutica constitucional, portanto, de ampliação do alcance da legalidade penal, e da conseqüente necessidade do tipo,

⁷⁴⁴ OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 229/230.

⁷⁴⁵ Art. 5º. (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁷⁴⁶ Por não ter impacto na tese defendida, não será aqui abordada a questão dos tratados internacionais.

⁷⁴⁷ SILVA NETO, 2010, op. cit., p. 642.

⁷⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, 2010, op. cit., p. 640.

para o direito administrativo sancionador, ao reconhecer se tratar de um direito materialmente fundamental. Para fortalecer este entendimento, far-se-á uma interpretação sistemática do texto constitucional, ante o problema, aplicando o princípio da unidade da interpretação constitucional.

A Administração Pública, consoante princípio expressamente previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal⁷⁴⁹, somente pode agir dentro da legalidade, constituindo este, portanto, valor nuclear do Direito Administrativo⁷⁵⁰. Adicione-se à discussão a previsibilidade da legalidade como elemento essencial para a restrição das liberdades fundamentais⁷⁵¹, com fulcro no inciso II do art. 5º da Constituição Federal⁷⁵². A legalidade se torna eixo central para a ação estatal quando essa implicar restrições de direito⁷⁵³, inobstante qual a área do Direito afetada.

Por último, mas ainda na mesma perspectiva, deve-se citar também o Art. 37, §4º, da Constituição Federal que exige que as condutas que caracterizam a improbidade administrativa sejam estabelecidas por *lei*, ou seja, que estejam tipificadas na legislação⁷⁵⁴.

“Cremos que somente a lei pode veicular proibições, vedações, sanções, sobretudo quando se está diante de normas que, de uma forma ou de outra, restringem a liberdade do Homem, do cidadão, como, *v.g.*, normas penais, normas administrativas que contemplam perda de cargo, função, indisponibilidade de bens etc., no particular autênticas normas

⁷⁴⁹ 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: (...).**(grifo inautêntico)

⁷⁵⁰ Conforme discussão já apresentada no Capítulo 3, item 3.6.1, p. 86-90.

⁷⁵¹ “Consiste na *liberdade de agir*, ou seja, na liberdade de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, quando *não vedada por lei*. É a *liberdade-sede*, a fonte, a matriz e a base de todas as outras, que decorre do *princípio da legalidade* prevista no art. 5º, II, da Constituição (...).” (CUNHA JÚNIOR, 2010, op. cit., p. 666.)

⁷⁵² Art. 5º. (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁷⁵³ “(...) o princípio da legalidade assegura aos particulares que sua liberdade de agir somente pode ser limitada pela lei formal, já que a Constituição Federal dispõe de modo expresso que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). Ora, no momento em que uma norma jurídica tipifica como ilícito administrativo uma certa conduta, impõe-se uma restrição à liberdade dos particulares, pois tal conduta passa a ser proibida.” (MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 120.)

⁷⁵⁴ Art. 37. (...) § 4º - **Os atos de improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, **na forma e gradação previstas em lei**, sem prejuízo da ação penal cabível. (grifos inautênticos)

restritivas de direitos. Em suma, o princípio da legalidade exige condutas típicas aptas a ensejar o “enquadramento” normativo analítico mediante lei, sendo inadmissível, outrossim, qualquer interpretação extensiva, integradora (...).”⁷⁵⁵

Ante a similitude da natureza jurídica do direito penal e do direito administrativo sancionador, portanto, analisando a imprescindibilidade da legalidade para nortear os comportamentos no Direito Administrativo, bem como a sua exigência para estabelecer restrições, limitando o âmbito de liberdade e autonomia do cidadão, chegar-se-á à mesma conclusão, já exposta, acerca da necessidade do *tipo*⁷⁵⁶ como instrumento de fixação das condutas proibidas. Em ambos os casos se está diante de um ilícito que permite o exercício do *jus puniendi* estatal, logo não existe motivo para tratamento diferenciado.

“A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: tôdas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas. “sôbre um mesmo plano, sôbre um só mapamúndi”. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interêsse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço.”⁷⁵⁷

Mesmo que se argumente que há uma diferença entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, e há, é a similitude de natureza⁷⁵⁸ que permite essa aproximação, uma vez que “essa distinção ontológica, no entanto, não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal como no administrativo, está-se ante situação

⁷⁵⁵ FIGUEIREDO, 2003, op. cit., p. 62.

⁷⁵⁶ “A tipicidade, em todo caso, é e há de ser considerada um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete, com maior ou menor rigidez, dependendo do bem jurídico tutelado e dos direitos fundamentais em jogo, bem assim da natureza da relação de sujeição entre o Estado e o infrator.” (OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 232.)

⁷⁵⁷ HUNGRIA, 1945, op. cit., p. 24.

⁷⁵⁸ “A doutrina nacional e estrangeira concordam, em termos pacíficos, que as penalidades administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante.” (JUSTEN FILHO, 2008, op. cit., p. 812.)

ensejadora da manifestação punitiva do Estado”⁷⁵⁹, o que requer um âmbito de proteção para o cidadão que se vê diante desse *jus puniendi*.

“La equivalencia entre los dos ámbitos ha hecho que el Derecho Administrativo sancionador se vaya desarrollando y perfeccionando con rapidez, a ella ha contribuido la notable influencia que han ejercido la doctrina científica y judicial penales en la configuración del significado y efectos de los principios básicos del ius puniendi del Estado y de las Administraciones públicas, en particular de los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, etc.”⁷⁶⁰

Assim também já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao julgar que:

1. **A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do seu objeto**, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, **se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal**, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.⁷⁶¹ (grifos inautênticos)

Registre-se que, no caso brasileiro, essa evolução não é uma mera construção acadêmica (doutrina científica), mas, principalmente, uma interpretação evolutiva, no sentido de ampliar a proteção ao cidadão quando o Estado exerce o *jus puniendi*. Além disso, como se vem sustentando

⁷⁵⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. In: **Revista de Direito Administrativo – n. 219 – Jan/mar**. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 128.

⁷⁶⁰ JIMÉNEZ, Irene Nuño e SEGUIDO, Francisco Puerta. **Derecho Administrativo Sancionador: Pincipios de la Potestad Sancionadora**. In: **Gabilex n. 5 – Marzo 2016**. Disponível em: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/derecho_administrativ_o_sancionador_irene_nuno.pdf. Acesso em 11 de julho de 2016.

⁷⁶¹ Superior Tribunal de Justiça: REsp. n. 827445/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.02.2010, DJe de 08.03.2010.

reiteradamente nessa pesquisa, que a “necessária tipicidade das infrações administrativas, como consequência, também, do princípio da segurança jurídica, inerente à ordem constitucional brasileira”⁷⁶².

Acima da defesa da *legalidade* e da *segurança jurídica* está a necessidade de defesa da democracia, uma vez que “submeter a competência punitiva ao princípio da legalidade equivale a afirmar que somente o povo, como titular da soberania última, é quem se encarregará de qualificar certos atos como ilícitos”⁷⁶³.

O *jus puniendi* representa uma manifestação de parcela do poder estatal, e a Constituição Federal estipula expressamente que *todo o poder emana do povo*⁷⁶⁴, logo somente por intermédio de mecanismos legitimados pela sociedade é que se poderá construir o exercício do poder punitivo, leia-se pela *legalidade*.

Na Espanha a matéria já foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional, que acatou a similitude e a necessária aplicação no direito administrativo sancionador de princípios oriundos do direito penal, entre eles o da *legalidade*. Alejandro Nieto explica que:

“Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1986 (Ar. 7160) y 20 de enero de 1987 (Ar. 203) debidas ambas a la pluma magistral de Mendizábal, enumeran – aunque naturalmente sin ánimo de exclusividad – una serie de principios penales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador con son: el de presunción de inocencia, el de legalidad y el de interdicción de arbitrariedad.”⁷⁶⁵

Esse entendimento foi reafirmado e reforçado no julgado, a seguir transcrito, nos seguintes termos:

“De acuerdo con una consolidada doctrina de este Tribunal a la que se hace referencia en la STC 93/1992 (fundamentos jurídicos 6º y siguientes), “el principio de legalidad no somete el ordenamiento sancionador administrativo solamente a una reserva de ley. Conlleva igualmente una garantía de orden material y de alcance absoluto, que se

⁷⁶² OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 232.

⁷⁶³ JUSTEN FILHO, 2008, op. cit., p. 813.

⁷⁶⁴ Art. 1º. (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷⁶⁵ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 167.

traduce en la imperativa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (STC 42/1987, fundamento jurídico 2º). Esta garantía, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en este ámbito limitativo de la libertad individual, cimentada en la regla general de licitud de lo no prohibido (STC 101/1988, fundamento jurídico 3º), es desde luego incompatible con la criminalización de conductas por fuentes distintas de la ley (STC 89/1983, fundamento jurídico 3º). Por consiguiente, es evidente que tras la entrada en vigor de la Constitución (STC 15/1981, fundamento jurídico 7º), no resulta admisible que se impongan sanciones públicas a causa de la realización de conductas que no han sido prohibidas por una disposición legal".⁷⁶⁶ (grifos inauténticos)

A questão acerca da aplicabilidade da garantia da *legalidade*, de expressão constitucional, com a consequente imposição de *tipicidade* das infrações administrativas, parece não gerar mais dúvidas para doutrina pátria, ganhando, inclusive contorno jurisprudencial, como é o caso da Espanha.

A *tipicidade* para o direito administrativo sancionador, portanto, deve ser vista como um “corolário lógico do princípio da legalidade, compreendida esta, em suas funcionalidades totais, no conjunto dos demais princípios constitucionais dos quais advêm direitos fundamentais aos acusados em geral”⁷⁶⁷.

A função precípua, da tipicidade, para o direito administrativo sancionador, extraído do conjunto de direitos fundamentais constitucionais, é garantir a *segurança jurídica*, como já foi apontado nessa pesquisa. Fundamento e função maior da *tipicidade*, como consequência da legalidade, uma vez que, para efeito de *segurança jurídica*, nesse sentido, prevalece a ideia que:

“Uma conduta descrita previamente em um tipo legal é um modelo de comportamento proibido, modelo que é submetido a exigências de publicidade normativa. Nesse sentido, o tipo assegura uma previsibilidade mínima acerca das possibilidades de exercício da pretensão punitiva estatal. Protege-se a pessoa humana ou jurídica, que

⁷⁶⁶ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 153 de 30 de septiembre de 1996, BOE núm. 267 de 06 de noviembre de 1996. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3205>. Acesso em 12 de julho de 2016.

⁷⁶⁷ OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 231.

pode, nesse caso, saber o conteúdo das proibições legais, que se estruturam em tipos e esquemas normativos.”⁷⁶⁸

Após analisar o fundamento jurídico, e a constitucionalidade da extensão da exigência do tipo para o direito administrativo sancionador, como resultado da proteção à liberdade, e, conseqüentemente, a amplificação de direitos fundamentais, far-se-á uma exposição do contexto histórico que gerou a necessidade dessa interpretação.

O advento do *Welfare State*, ainda na primeira metade do século XX, amplia significativamente o intervencionismo estatal⁷⁶⁹, pois “os indivíduos passam a exigir do ente estatal atuações positivas para garantir o desenvolvimento social, não mais se admitindo que o Estado adote uma posição de mero árbitro em face da sociedade”⁷⁷⁰, como ocorria por exemplo no advento do Estado Liberal.

“(…) a questão social e as crises cíclicas do capitalismo, dos finais do século XIX e inícios do século XX, vieram colocar novos desafios ao poder político, chamando o Estado a desempenhar novas funções de tipo económico e social. Por um lado, pede-se ao Estado a criação de legislação e instituições que permitam pôr termo às condições de “miséria operária”, e que assegurem um mínimo de sobrevivência a todos os cidadãos: por outro lado, requer-se a intervenção do Estado na vida económica, como forma de correção das disfunções do mercado.”⁷⁷¹

Esse aumento do intervencionismo estatal, com conseqüências para o *jus puniendi*, também ampliado, afeta também a Administração Pública.

“(…) o espírito do Estado Social conduziu, como é sabido, a uma longa intervenção, quer através da lei, quer da Administração, nos mais variados domínios, desde o económico, social ou cultural até ao do tráfego. À sua luz elaboram-se planos, tomam-se providências, ordenam-se controlos, impõem-se directivas e condutas, com vista à prossecução de obtenção do Bem-estar social (...). Para conseguir obediência a todos

⁷⁶⁸ OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 233.

⁷⁶⁹ “(...) com a crise do Estado liberal-burguês e advento do *Welfare State*, assistiu-se a um vertiginoso processo de “inflação legislativa”. O Estado, que antes se ausentava do cenário das relações económicas e privadas, foi convocado a intervir nesta seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas com frequência cada vez maior. Uma das conseqüências desta volúpia legisferante foi exatamente a desvalorização da lei.” (BINENBOJM, 2008, op. cit., p. 62.)

⁷⁷⁰ MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 47.

⁷⁷¹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 71/72.

estes comandos tem, porém, o Estado que ameaçar a sua violação com certas reações.”⁷⁷²

Nesse processo, havia, ainda, uma preocupação com o deslocamento para a esfera administrativa dos ilícitos de *menor lesividade*, de sorte que “a doutrina alemã do século XX procurou demonstrar que havia uma seara própria para os crimes e outra para as infrações administrativas”⁷⁷³.

Estabeleceu-se, assim, uma distinção de natureza *qualitativa*, pela qual os *crimes* (direito penal) estariam relacionados aos bens mais caros e relevantes da sociedade, enquanto as *infrações administrativas* (direito administrativo) estariam relacionadas a interesses menores.

A evolução dessa premissa *qualitativa* de distinção dos ilícitos, permitiu afirmar que ‘os penais tinham por conteúdo material um dano concreto a bens jurídicos dos particulares, enquanto os ilícitos administrativos teriam por conteúdo o descumprimento de um dever de obediência em face da Administração Pública’⁷⁷⁴. Isso demonstra que o aumento do exercício do *jus puniendi* estatal, a partir da maior possibilidade de imputação de sanções pela Administração Pública, inicialmente, gerou teorias que defendia a distinção material entre os ilícitos⁷⁷⁵.

Superando a noção conceitual de distinção entre os ilícitos (penais e administrativos), proposta pelos teóricos da corrente *qualitativa*, surge um novo conjunto de teorias que defendem se tratar de um mesmo fenômeno, denominada de corrente *quantitativa*. O critério de distinção, por óbvio, passa ser *quantitativo*, condutas mais graves seriam apenadas na esfera penal, enquanto as menos graves seriam apenadas na esfera administrativa.

“Extrema-se do Direito Penal comum em função do ilícito a que visa punir. Enquanto este almeja a prevenção e a repressão da delinquência,

⁷⁷² CORREIA, Eduardo. **Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social**. In **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1973, p. 259.

⁷⁷³ MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 47/48.

⁷⁷⁴ MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 51.

⁷⁷⁵ “(...) para as diversas teorias qualitativas há uma diferença substancial entre ilícito penal e ilícito administrativo. Algumas condutas, por sua natureza, seriam próprias do direito penal, enquanto outras seriam próprias do direito administrativo. O ilícito penal descreveria uma conduta contrária aos interesses mais relevantes da sociedade, enquanto o administrativo teria por objeto uma conduta contrária a interesses meramente administrativos, ligados ao bom funcionamento da Administração Pública..” (Idem. Ibidem, p. 53/54.)

considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (vida, integridade física, patrimônio etc.), a Administração pune, basicamente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral.”⁷⁷⁶

Sobre essa distinção posicionou-se também Nelson Hungria, defendendo que:

“Extrema-se do Direito Penal comum em função do ilícito a que visa punir. Enquanto este almeja a prevenção e a repressão da delinquência, considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (vida, integridade física, patrimônio etc.), a Administração pune, basicamente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral.”⁷⁷⁷

A maior ou menor gravidade da conduta, então, torna-se o elemento de diferenciação entre os ilícitos penal e administrativo, uma vez que “no es posible precisar una diferencia entre los intereses de la Administración tutelados por el Derecho y el resto de los bienes jurídicos”⁷⁷⁸, pois a diferença é apenas quantitativa.

Diante dessa nova teoria, surge um problema: a necessidade de diferenciação entre os âmbitos de incidência dos dois tipos de ilícitos (penal e administrativo).

“(…) as doutrinas alemã e italiana procuraram diferenciar os campos do ilícito penal e do ilícito administrativo, propugnando pela existência de diferenças substanciais entre um e outro, conforme as teorias qualitativas (...). A diferenciação entre crime e infração administrativa visava à retirada do campo do direito penal dos ilícitos considerados meramente “antiadministrativos” – para utilizar expressão de Goldschmidt. Enfim, o objetivo era desencadear um processo de despenalização.”⁷⁷⁹

Na Espanha, por sua vez, ocorreu que “el aumento de la actividad administrativa del Estado no dio lugar a una hipertrofia del Derecho penal, como

⁷⁷⁶ NOBRE JÚNIOR, 2000, op. cit., p. 128.

⁷⁷⁷ HUNGRIA, 1945, op. cit., p. 24.

⁷⁷⁸ CEREZO MIR, 1975, op. cit., p. 165.

⁷⁷⁹ MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 55.

em los restantes países europeos (...), sino al desarrollo de un desmesurado poder sancionatorio de la Administración misma”⁷⁸⁰.

Para além dessa discussão, que foi estabelecida em países europeus, ou seja, superando a discussão entre critérios qualitativos e quantitativos ⁷⁸¹, é fundamental registrar que:

“(...) os critérios qualitativo e quantitativo de distinção servem para orientar o legislador no momento de definir se uma determinada conduta deve ser tipificada como crime ou infração administrativa. (...) O legislador goza de ampla liberdade para a seleção das condutas que serão tipificadas como ilícito penal ou como ilícito administrativo. Enfim, a escolha entre um ou outro tipo de ilícito é uma questão de política legislativa.”⁷⁸²

Os ilícitos penais e administrativos têm sua separação realizada pelo Poder Legislativo, no exercício de sua função precípua, que determina a qual regime jurídico irá submeter o tratamento do ilícito; sendo certo, porém, que o fato de ambos manifestarem o exercício de um poder estatal (*jus puniendi*), que precisa ser limitado pelo sistema constitucional, para evitar abusos e arbitrariedades, confere-lhes uma similitude que requer a extensão das garantias constitucionais de um (penal) para o outro (administrativo).

No Brasil o legislador constituinte de 1987/1988 preocupou-se com a necessidade de estabelecer marcos mais claros para a Administração Pública. O desenvolvimento da ideia de sistema constitucional e a preocupação na delimitação da Administração, fez com que diversas normas instituindo regras e, primordialmente, princípios⁷⁸³ fossem inseridos no texto da Constituição Federal de 1988⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ CEREZO MIR, 1975, op. cit., p. 162.

⁷⁸¹ “Tanto a corrente qualitativa como a quantitativa padecem do mesmo mal: pretendem diferenciar o ilícito administrativo e o penal com base em critério metajurídico. Sem fundamento no direito positivo. Com efeito, a primeira propõe que a diferença seja fundada na diversidade dos interesses tutelados; a segunda, que o critério seja a gravidade da conduta delituosa. Em ambos os casos a diferença seria estabelecida com base no comportamento praticado pelo infrator, sem qualquer vinculação com o ordenamento jurídico.” (MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 57.)

⁷⁸² MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 59.

⁷⁸³ “(...) ao promoverem a incorporação à ordem jurídica dos mais importantes valores humanitários – como a dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica, igualdade e solidariedade, dentre outros -, os princípios constitucionais possibilitam uma reaproximação entre as esferas do direito e da moral, infundindo conteúdo ético ao ordenamento. (...) A partir desta perspectiva, pode-se falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da

A partir do momento que se pretendeu instituir com a Constituição Federal um Estado Social no Brasil⁷⁸⁵, naquele momento, havia uma preocupação com a delimitação constitucional da Administração Pública, uma vez que o papel do Estado seria ampliado⁷⁸⁶, pois este modelo aumenta a intervenção estatal na vida em sociedade, como já foi dito anteriormente.

A ampliação do papel do Estado, e o *protagonismo* consagrado constitucionalmente para o exercício da função administrativa estatal, amplia, portanto, o número de tarefas atribuídas à Administração Pública. Concorrentemente a esse processo há uma demanda maior, por parte da sociedade, com relação à apuração e punição de atos de corrupção.

Há um crescente pleito social de responsabilização de agentes públicos, principalmente em decorrência de um maior conhecimento da sociedade, fruto de um aprimoramento dos mecanismos tecnológicos postos à serviço da divulgação da informação, da existência de ilícitos praticados em desfavor do Estado e da sociedade, por intermédio daquilo que genericamente se denominou de *corrupção*.

Constituição, relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente aqueles acolhidos pela sua Lei Melhor, e que, exatamente por isto, são postos ao abrigo da vontade das maiorias legislativas de ocasião.” (BINENBOJM, 2008, op. cit., p. 64.)

⁷⁸⁴ “(...) ao assumir relevância própria, a Administração tem os preceitos basilares de seu desempenho previstos diretamente na Constituição de muitos países. É o caso do Brasil, em que o texto constitucional abriga dispositivos específicos para a Administração Pública, que não se encontram inseridos na parte dedicada ao Poder Executivo, mas no título destinado à organização do Estado, em capítulo próprio.” (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 138.)

⁷⁸⁵ “Com o constitucionalismo social, consagram-se os direitos sociais, direitos de prestação positiva por parte do Estado. Esses direitos surgem para tornar possíveis os direitos de primeira geração. Que importa a liberdade de imprensa para muitos que não têm condições de ler, nem sabem ler? Que importa a liberdade de associação, a liberdade de reunião, para a pessoa que trabalha durante o dia para comer a noite? Prestações positivas do Estado, portanto, nos diversos campos de atuação humana, como, por exemplo, no campo da saúde, da educação, da moradia, da previdência social, da segurança, da proteção à maternidade e à infância, na assistência aos desamparados, propiciam efetividade aos direitos de liberdade.” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Políticas Públicas: Controle Judicial**. In: DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Válder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo – Vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85.)

⁷⁸⁶ “A Administração foi se ampliando e assumindo novos papéis, à medida que aumentavam as funções do Estado. Depois adquiriu dimensões gigantescas e tornou-se fundamental à coletividade. Aos poucos passou a influenciar sobre a tomada de decisões de relevo; dificilmente se sustentaria, na atualidade, a característica de mera executora da lei e alheia às decisões que deve aplicar; aliás, na prática jamais a Administração limitou-se a isso.” (MEDAUAR, 2003, op. cit., p. 126.)

A falta de resposta do Direito Penal, ou a sua excessiva demora, gera na sociedade um sentimento de *impunidade*, o que demanda dos Poderes públicos uma forma de diminuir esse sentimento de *descrédito social*, gerado por essa realidade do *deficitário combate à corrupção*.

“A disseminação da informação pressupõe uma imprensa livre (e responsável), enquanto a sua assimilação exige uma população com níveis satisfatórios de desenvolvimento social e intelectual. Em um país de baixo desenvolvimento humano, como é fácil concluir, a responsabilização moral do agente é sensivelmente enfraquecida (...). Frustrados os mecanismos de controle social, não resta outra alternativa senão buscar a efetividade dos instrumentos de persecução e de repressão à corrupção.”⁷⁸⁷

Encontra-se no direito administrativo sancionador⁷⁸⁸ a resposta para tal tarefa, um aumento da persecução e repressão estatal a ser realizada por intermédio do Direito Administrativo passa a ser incrementado no direito pátrio. De plano, porém, é preciso advertir, acerca desta prática, que:

“(...) direito administrativo sancionador como freio à corrupção, deve ser lembrado que o sistema normativo, fixado concretamente em um determinado momento, é resultado de um longo processo de evolução prévia, em cujo curso de evolução são realizados numerosos ajustes, impulsionados por desejos de mudanças e de acordo com as preferências sociais.”⁷⁸⁹

⁷⁸⁷ GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 66.

⁷⁸⁸ “No obstante, resulta forzoso efectuar un intento de aproximación, un *sobrevuelo* en torno a un concepto de corrupción para así lograr un correcto engarce con los delitos contra la Administración pública y también para dimensionar, con la precisión que sea posible, qué se quiere decir al reprochar de *corrupto* a alguien. A primeras, la corrupción es definible como *una desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado*, que no es otro que el “interés público” legalmente determinado. La *respuesta penal* al fenómeno de la corrupción viene dada, principalmente, por la tipificación de una serie de conductas que denominamos genérica e históricamente “delitos de los funcionarios”. Se trata de los casos más graves y lesivos, que requieren, por ende, de la protesta más contundente, severa y categórica que ofrece el ordenamiento jurídico (...). Pero esto no significa que las mismas agoten las hipótesis de corruptela pública, pues, si bien los delitos contra la Administración pública contienen censuras punitivas en su contra, dicho continente normativo es desbordado, debiendo acudir al Derecho administrativo sancionador (...).” (SCHILLER, Andrés Benavides. **Acerca de la Corrupción Pública y Privada em España a Luz de los Delitos Contra la Administración Pública. In: Cuadernos de Política Criminal – número 108, III, Época II, diciembre de 2012.** p. 130/131. Disponível em: http://app.vlex.com/#WW/search/*/%C2%BFPuede+el+derecho+sancionador+frenar+la+corrupci%C3%B3n%3F+Reflexiones+desde+el+an%C3%A1lisis+econ%C3%B3mico+del+derecho/WW/vid/425735210/graphical_version. Acesso em 15 de julho de 2016.)

⁷⁸⁹ MILESKY, Helio Saul. **O Estado Contemporâneo e a Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 385.

Essa “preferência” social, estimulada pela propagação da ideia de necessidade de aumento do combate à corrupção e da ineficácia do sistema penal, culminou com o desenvolvimento de um direito administrativo sancionador posterior à vigência do texto constitucional, ou seja, a matéria ganhou relevo no ordenamento jurídico durante a existência da atual Constituição Federal⁷⁹⁰.

Nesse processo, porém, não se observou, todavia, a máxima de que “o legislador não é totalmente livre para fixar o conteúdo normativo da lei. Em última instância, o conteúdo da lei encontrar-se-ia “previamente definido” pela Constituição”⁷⁹¹, ou seja, existem limites constitucionais, materiais, e também procedimentais à utilização do direito administrativo sancionador nessa “cruzada”.

Sobre a edição de legislação que ampliou a utilização do direito administrativo sancionador, ampliando o punitivismo estatal, assevera Carlos Ari Sundfeld que:

“(…) além de disporem sobre autoridade e interesse público, têm em comum a característica combativa. São leis de luta, servem como armas, (...). Leis de luta precisam seduzir, mobilizando, atraindo alianças, enfrentando o inimigo; precisam dar muita munição para a guerra. Leis assim não funcionam se não mexem com o espírito das pessoas, os sentimentos, as emoções. Não basta ditar regras, falar à razão; é preciso lidar com a fantasia. Para isso, o estilo legislativo é decisivo.”⁷⁹²

No quadro traçado, entre as leis que foram editadas para municiar o estado na guerra contra a corrupção, encontrando fundamento primeiro na própria previsibilidade constitucional, como já foi explicado, insere-se a Lei de Improbidade Administrativa. A sua modulação constitucional, porém, encobre a doutrina e as pesquisas acadêmicas de dúvidas. Entre a sua legalidade estrita para o combate à corrupção e o sistema constitucional restam uma série de arestas que precisam ser aparadas.

⁷⁹⁰ Reforça-se neste ponto o que já foi esclarecido na página 142, acerca da lacuna no tratamento constitucional sobre o direito administrativo sancionador. Acrescente-se, ainda, que “(...) é conhecida a técnica usada pelos Constituintes, por ocasião da construção de muitos dispositivos, deixando enormes espaços ambíguos, para futuras negociações e resoluções das autoridades competentes.” (OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 230.)

⁷⁹¹ FIGUEIREDO, 2003, op. cit., p. 114.

⁷⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Um Direito Mais Que Administrativo**. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: Transformações e Tendências**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 48.

“Ocorre que a LIA, na sua ânsia de resolver os males da corrupção, também serviu e serve de fonte fértil de problemas interpretativos de toda ordem, muito em razão da falta de sérios estudos dogmáticos (...). O resultado é uma jurisprudência vacilante e subjetiva, que em mais de 20 anos de LIA não conseguiu ir além de afirmações retóricas e afirmações de lugares-comuns pouquíssimo úteis ao intérprete. Sobra ao aplicador da lei o arbítrio de quem faz uso desse poderoso – e perigoso – instrumento político.”⁷⁹³

Um desses problemas é, sem dúvida, o excessivo espaço aberto para a arbitrariedade do intérprete na definição da improbidade por violação de princípio, ante a vagueza da prescrição normativa, que encontra no princípio da legalidade e na necessária tipificação da conduta o seu “antídoto”, consoante se avaliará no próximo tópico.

4.3 A TIPIFICAÇÃO DE CONDUTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO UMA QUESTÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA: O PROBLEMA DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

O art. 11, da Lei nº 8.429/1992 (Improbidade Administrativa), consagra o tipo enunciado pela própria legislação (Capítulo II – Seção III), como: Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública; nos seguintes termos: 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 (...); estabelecendo algumas condutas em nove incisos⁷⁹⁴.

⁷⁹³ GIACOMUZZI, 2013, op. cit., p. 294.

⁷⁹⁴ **Seção III - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública**

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;

Dois problemas exsurtem do referido dispositivo legal. O primeiro diz respeito à possibilidade que a violação de um princípio, norma de textura excessivamente aberta, possa configurar um ilícito administrativo. O segundo diz respeito à redação do texto legal acoplada à questão da natureza jurídica que se vem conferindo ao instituto. Como há entendimento de que a natureza jurídica da lei é cível, como já foi visto nessa pesquisa⁷⁹⁵, e o *caput*, do art. 11, consagra a expressão *notadamente*, defendem (doutrina e jurisprudência) se tratar de hipóteses apenas ilustrativas, aquelas previstas nos incisos do referido artigo.

Ambos possuem algo em comum: geram uma abertura dilatada ao dispositivo; indo de encontro, portanto, com aquilo que se vem defendendo, a necessidade de uma *tipicidade cerrada*, ou seja, a taxatividade das condutas e sua precisão, como corolário dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Aqui se fará necessária uma interpretação conforme a Constituição para enfrentar esse problema, como o escopo de diminuir o espaço de discricionariedade do intérprete, com o objetivo de conferir efetividade às garantias constitucionais e os seus princípios.

Um dos primeiros equívocos da interpretação da Lei nº 8.429/1992 é inerente à errônea concepção acerca da sua natureza jurídica, que não é cível, tampouco é penal, embora possua diversos traços, conforme já se posicionaram doutrina e jurisprudência, mas sim uma natureza de direito administrativo sancionador⁷⁹⁶.

A natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, portanto, impõe a interpretação consagrada nessa tese, de que a tipificação, como corolário da legalidade, princípio constitucional aplicável ao direito administrativo sancionador, não pode admitir a previsão legal de *tipos abertos*; seja pela utilização de

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.

⁷⁹⁵ Vide Capítulo 1, item 1.1.3, página 15 e seguintes.

⁷⁹⁶ Marçal Justen Filho defende possuir uma natureza híbrida (cível, penal, administrativa e constitucional), sendo, portanto, instituto de alta complexidade. (2015, op. cit., p. 1129.)

princípios para sua caracterização, seja pela ideia de ser um elenco não taxativo. Concluir em sentido diverso é ir de encontro ao sistema jurídico constitucional, violar direitos fundamentais e atentar contra a *segurança jurídica*.

Nesse sentido, Marcelo Figueiredo defende que:

“Não aceitamos a possibilidade jurídica de o legislador contemplar como “atos de improbidade” condutas que não estejam textualmente contempladas em lei. É dizer, faz-se necessária a descrição analítica da conduta tida por “ato de improbidade”. Inaceitável, a nosso juízo, a descrição de alguns “tipos” e em seguida a remissão a outros “similares”. Do mesmo modo, também, não aceitamos a teoria das assim chamadas “normas penais em branco” – onde os elementos componentes do tipo penal (ou administrativo) não vêm, todos eles, descritos no texto normativo, mas completam-se mediante a remissão a outras normas legais.”⁷⁹⁷

É preciso acrescentar, também, a hipótese de preenchimento dos tipos pelo Poder Judiciário, fenômeno percebido nos chamados *tipos abertos*, que diferem das normas penais em branco, uma vez que estas requerem complementação da Administração Pública, por intermédio de normas de estatura hierárquica inferior, enquanto aquelas são propositalmente vagas e ambíguas para que o intérprete promova a sua complementação de sentido. Ambas as hipóteses são rechaçadas.

Ainda nessa linha, Marcelo Harger explica que:

“Não é possível punir o cidadão com base em noção tão aberta. Nem mesmo é possível punir com base na violação aos deveres ali prescritos (honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições e legalidade). Não se pode dizer que exista precisão quanto aos conceitos dos deveres ali elencados, e isso impede a punição com base na suposta infringência deles. Somente se pode punir alguém pela prática de um ato ilícito, quando essa pessoa puder identificar claramente entre dois possíveis comportamentos qual deles é o proibido. Não se pode admitir que indivíduos sejam punidos com base em uma análise exclusivamente subjetiva de suas ações. Não é possível punir com base no binômio

⁷⁹⁷ FIGUEIREDO, 2003, op. cit., p. 61/62.

concordo ou não concordo, mas somente a partir da escolha pré-determinada pela lei entre quais ações são lícitas ou ilícitas.”⁷⁹⁸

O tipo previsto no art. 11, da Lei nº 8.429/1992⁷⁹⁹, portanto, padece do vício da inconstitucionalidade⁸⁰⁰, diante da sua excessiva abertura, que dá, por sua vez, ensejo ao exercício de um “poder discricionário”, que vai de encontro aos direitos fundamentais e a própria cláusula do Estado Democrático de Direito. O exercício do *jus puniendi* pelo Estado requer limites claros e com a rigidez suficiente para impedir abusos e arbitrariedades no exercício do Poder.

A diminuição da margem de arbitrariedade perpassa pelo Poder Legislativo, pois “o tipo sancionador deve conter grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, o que exige do intérprete uma movimentação racional”⁸⁰¹, uma vez que é sensível o aumento da discricionariedade outorgada ao intérprete quando são utilizadas excessivas expressões vagas ou ambíguas.

As expressões utilizadas no caput, do art. 11, da Lei nº 8.429/1992 são: deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às

⁷⁹⁸ HARGER, Marcelo. **Aspectos Inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa**. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 42, abril/maio/junho de 2015, p. 9. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=665>. Acesso em 15 de julho de 2016.

⁷⁹⁹ Esse problema também está presente nos demais tipos, enriquecimento ilícito (art. 9º) e causar prejuízo ao erário (art. 10), mas em menor proporção do que se percebe no art. 11. Inobstante a questão da extensão da arbitrariedade permitida pelos dispositivos, o objeto da presente pesquisa recai tão somente na violação de princípios, como já ficou esclarecido.

⁸⁰⁰ Este foi motivo para declaração de inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional Espanhol:

“En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser solo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre –como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio–, que estas remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.» (STC. Pleno. Recurso de Inconstitucionalidad nº 773/1984. Sentencia 99/1987. BOE nº 152 de 27 de junio de 1987 – Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1987-14852>. Acesso em 15 de julho de 2016.)

⁸⁰¹ OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 241.

instituições; além dos princípios insculpidos na Constituição Federal (art. 37, *caput*), como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Pode-se ainda acrescentar princípios insculpidos por outros textos legais (ex. Lei nº 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal), como: interesse público, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, contraditório e ampla defesa.

“Deveras, novamente a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade.”⁸⁰²

O grau de arbitrariedade é máximo! Parece, todavia, que isso não incomoda a doutrina, pois esta vislumbra uma evolução a partir do modelo adotado pela legislação pátria, como por exemplo a análise a seguir transcrita:

“A insegurança acima aludida, aparente e incisiva ao se comparar essa técnica legislativa com o denominado “direito por regras”, é facilmente afastada ao se constatar que a última palavra sobre a adequação do ato à tipologia legal será de competência do Poder Judiciário, do qual não pode ser subtraída qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CR/1988). Não bastasse isto, no extremo oposto à dificuldade de mensuração do exato alcance dos princípios, tem-se a sua indiscutível eficácia negativa, facilmente visualizada e que erige-se como verdadeira barreira de contenção à prática de atos que se oponham aos seus propósitos.”⁸⁰³

Esse entendimento, em linhas gerais, também pode ser depreendido de julgados do Superior Tribunal de Justiça, exemplificado no trecho abaixo transcrito retirado de um dos seus precedentes:

“A tutela específica do art. 11 da Lei 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A

⁸⁰² FIGUEIREDO, 2004, op. cit., p. 125.

⁸⁰³ GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 386.

corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, “na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver...” (sem grifo no original). O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material.” (REsp n. 695.718/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 16.8.2005, DJ de 12.9.2005)⁸⁰⁴ (grifo inautêntico)

Exemplifica-se, também, com julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que ao apreciar a questão externou o seguinte entendimento:

“Com efeito, os atos de improbidade administrativa não se confundem com simples ilegalidades administrativas ou inaptidões funcionais, devendo, a mais disso, apresentar alguma aproximação objetiva com a essencialidade da improbidade, relacionada à inobservância dos princípios regentes da atividade estatal – legalidade, impessoalidade, honestidade, imparcialidade, publicidade, eficiência e moralidade –, dispensando-se, para a subsunção da conduta nesse tipo legal, o prejuízo ao erário e o enriquecimento ilícito.

No caso do art. 11 da LIA, assentou a jurisprudência do STJ que basta a comprovação do dolo genérico, refletido na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas.

(...) A vedação à prática do nepotismo está alicerçada em princípios constantes do art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, entre os quais o da moralidade e da impessoalidade. Assim, não há a necessidade de edição de lei para coibir essa prática, a qual já está proibida pela Carta Magna, conforme entendem o STF e STJ. A propósito, vale ressaltar que foram editadas várias normas vedando a prática do nepotismo, como as Leis nºs 8112/90 e 9427/96 e o Decreto 7203/10.

⁸⁰⁴ Vide ainda julgado mais recente do Superior Tribunal de Justiça: REsp. n. 1320315/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2013, DJe de 20.11.2013. Entendimento também corroborado por outros Tribunais, como por exemplo: “É certo que a caracterização do ato de improbidade não se encerra no aspecto exclusivamente patrimonial, haja vista que o artigo 11 da Lei 8.429/92 também atribui o estigma de ímprobo ao ato que desrespeita algum dos princípios que regem a ação da Administração Pública.” (TJ/PR, 2ª cc, AP. n. 130.114-0, rel. Des. Eraclés Messias, j. em 22.3.2004)

Além disso, a lei de improbidade administrativa - 8.429/92 – foi editada para disciplinar os atos que constituem improbidade administrativa, conforme previsto na Constituição Federal, tendo previsto várias condutas, dentre elas as que atentam contra os princípios da administração pública e violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.”⁸⁰⁵

Percebe-se, então, que há entendimento, doutrinário⁸⁰⁶ e jurisprudencial, no sentido de valorizar a aplicação do ilícito previsto no art. 11, da Lei nº 8.429/1992, mesmo sem a previsão de condutas tipificadas de forma taxativa, afrontando os princípios da legalidade e da segurança jurídica, e, portanto, o próprio sistema constitucional.

Maximiza a potencialidade e alcance do referido dispositivo legal, favorecendo a arbitrariedade do intérprete, o entendimento defendido por Marino Pazzaglini Filho, ao sustentar que:

“(...) o disposto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 é residual em face do previsto em seus arts. 9º e 10, já que, se o ato de importar em enriquecimento ilícito, o enquadramento da improbidade deverá

⁸⁰⁵ TRF1, 4ª T., AC n. 0012759-73.2011.4.01.4000 / PI, rel. Des. Fed. Olindo Menezes, j. 26.1.2016, p. e-DJF1 5.2.2016.

⁸⁰⁶ Além da obra transcrita, também comunga desse entendimento Wallace Paiva Martins Júnior, ao sustentar que: “A enumeração legal dos princípios constantes é mera exemplificação. Traduzem de forma bem ampla a preocupação com a violação ao princípio da moralidade administrativa. Os cogitados no art. 11 são, em verdade, também deveres do agente público de observância indeclinável, consistindo em conceitos de significação fornecida pela ética administrativa. Em essência, transcendem a noção de legalidade consoante do art. 11, caminhando para o campo da moralidade administrativa (...)” (MARTINS JÚNIOR, 2002, op. cit., p. 263.) Ainda no mesmo sentido, Pedro Roberto Decomain defende que no “tocante aos valores referidos no *caput* desse artigo, quais sejam, honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, por não exaurirem o rol dos princípios constitucionais pelos quais todo agente público pautar seu proceder no exercício de suas funções, tem-se que configuram situações apenas exemplificativas. (...) De toda sorte, aqueles valores ou coincidem diretamente com princípios constitucionais da Administração ou estão nitidamente compreendidos neles. (...)” (DECOMAIN, 2014, op. cit., p. 161.). Por último, é de se destacar a extrema subjetividade conferida ao dispositivo na seguinte lição: “(...) ratifique-se a idéia-chave de que os princípios sempre irradiam efeitos, embora em intensidades diversas, uns sobre os outros. A infringência de um princípio, sob determinados aspectos, acarreta a debilitação do sistema geral, conquanto se mostre cogente verificar, na casuística, a intensidade obtida, para, então sim, identificar o acontecimento da espécie em tela.” (FREITAS, Juarez. **Do Princípio da Proibidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação**. In: **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro, n. 204, abr/jun 1996, p. 78, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46754/46380>. Acesso em 17 de julho de 2016.)

acontecer no art. 9º e se, a despeito da inexistência desse enriquecimento, do ato resultar prejuízo patrimonial para o erário, deverá a situação ser subsumida ao art. 10.”⁸⁰⁷

A transcrição acima deve-se, principalmente, ao fato desse entendimento ter sido incorporado pelo Superior Tribunal de Justiça, exemplificado no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 11 DA LEI N. 8.429/92 – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR – NÃO REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – CONDUTA ILÍCITA, A DESPEITO DA EFICÁCIA DO ATO – PUNIÇÃO DO AGENTE – MÁ-FÉ EVIDENTE.

1. *In casu*, o recorrido, durante o período de 2001 a 2004, enquanto prefeito, realizou contratações de servidores públicos sem concurso público para diversos cargos.

2. O Tribunal a quo reconheceu que o recorrido contratou servidores públicos sem a realização de concurso público. Todavia, no entender da segunda instância, para a aplicação de penalidades em sede de ação de improbidade administrativa é necessário ocorrência de dano ao erário, ou de proveito patrimonial do agente ou de quem o interesse, ou ainda a presença de má-fé ou dolo do administrador público.

3. Os atos de improbidade administrativa tipificados no art. 11 da Lei n. 8.429/92 que importem em violação dos princípios da administração independem de dano ao erário ou do enriquecimento ilícito do agente público. Ademais, a má-fé, neste caso, é palmar. Não há como se alegar desconhecimento da vedação constitucional para a contratação de servidores sem concurso público, mormente quando já passados quase 13 (treze) anos de vigência da Carta Política.

4. O Tribunal de origem não apreciou as questões relativas às sanções constantes na Lei n. 8.429/92, em razão de ter entendido que não estava configurada a improbidade. Dessa forma, não poderia esta Corte Superior aplicar, diretamente, as sanções em decorrência da improbidade, sob pena de suprimir instância, adentrando em matéria que não foi apreciada pela Corte a quo.

Recurso especial provido, reconhecendo a prática da improbidade administrativa e determinando o retorno dos autos para que o Tribunal de origem aplique as sanções contidas na Lei 8.429/92. (STJ, 2ª Turma,

⁸⁰⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 112.

REsp. n. 1.130.000/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 22.6.2010, p. DJe 30.8.2010) (grifo inautêntico)

Há no direito pátrio, portanto, entendimento jurisprudencial, corroborado e sustentado pela doutrina, que favorece uma interpretação discricionária do art. 11, da Lei nº 8.429/1992, que vai de encontro a tese sustentada nessa pesquisa. Ressalte-se que, doutrina e jurisprudência espanhola embasam o entendimento aqui defendido. O principal fundamento, porém, é retirado do texto da Constituição Federal de 1988, que serve como barreira e limite contra arbitrariedades.

Importante registrar, contudo, que também existe decisão exarada por pretório pátrio em sentido contrário, que exige, portanto, a tipificação da conduta, como por exemplo o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. LEI Nº 8.429/92. ATIPICIDADE.

1. Autorização de créditos do Banco do Brasil com duvidosa garantia que, pagos sem causar lesão ao patrimônio do banco, não se tipifica como ato de improbidade.
2. Ato administrativo examinado e esquadrihado pelo TCU, após auditoria, e que não encontrou lesão patrimonial ao Banco do Brasil.
3. A fluidez do conceito de moralidade administrativa exige que seja o ato administrativo devidamente tipificado na lei nº 8.429/92.
4. Recursos dos autores providos.⁸⁰⁸

Em linha semelhante também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, na exigência da tipicidade, ao proferir o seguinte julgamento:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPLICIDADE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

⁸⁰⁸ Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, Rel. Des. Fed. Fernando Goncalves, MS nº 96.01.04841-3/GO, 2ª Seção, DJ de 2.12.1996.

2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador.

3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.⁸⁰⁹ (grifo inautêntico)

Extrai-se dos julgados acima transcritos a seguinte conclusão:

“(...)há que estar configurada a devida tipicidade para que se prospere a ação de improbidade administrativa, sem a qual fica comprometida a via eleita pelo autor da ação, que não poderá enfraquecer a respectiva ação, alargando o seu leque para a contemplação de algo que a lei não atinge. Dado o seu caráter aberto, a Lei de Improbidade Administrativa deve ter a sua aplicação sobrepesada, para que, em nome da moralidade administrativa, não sejam perpetrados abusos do direito de ação, trazendo constrangimento ilegal para agentes públicos sérios e honestos, que, quando deixam de exercer cargos de chefias com destaque, quase sempre sofrem perseguições políticas pelos novos agentes empossados nos respectivos cargos. A lei em comento não se presta para atender fins pessoais ou políticos, pois o indistinto ajuizamento de ações de improbidade, sem um mínimo de indício ou tipicidade, poderá ensejar a devida reparação moral por parte do acusado.”⁸¹⁰

Assume a Constituição um papel de limitação dos Poderes, historicamente construído com a sedimentação do constitucionalismo, consoante lição de J. J. Gomes Canotilho, nos seguintes termos:

“Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma sociedade. Neste

⁸⁰⁹ Superior Tribunal de Justiça: REsp. n. 751634/MG, 1ª Turma, rel. Min. Teori albino Zavascki, j. 26.06.2007, DJ de 02.08.2007.

⁸¹⁰ MATTOS, 2010, op. cit., p. 267.

sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.”⁸¹¹

Há, portanto, uma imposição de limitação ao exercício de poder estatal, notadamente quando este implicar na restrição de liberdades e direitos fundamentais, como já se discutiu anteriormente, que vai de encontro à possibilidade do ordenamento jurídico, em violação a princípio basilar do sistema constitucional, qual seja o da *segurança jurídica*, ao admitir o exercício do *jus puniendi*, sem a devida especificação das condutas (comportamentos) que são proibidos.

“A segurança jurídica, na sua dimensão normativa de princípio, exerce a função de estabelecer um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuem para a sua promoção. Como o princípio da segurança jurídica exige a realização dos estados de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, é preciso adotar condutas cujos efeitos contribuam para a sua promoção. (...) Assim, por exemplo, para se atingir um estado de cognoscibilidade, é preciso existir acessibilidade e inteligibilidade das normas, o que se consegue mediante (...) a determinação material das hipóteses legais de incidência.”⁸¹²

Não é a mera previsibilidade normativa de uma hipótese excessivamente abstrata e aberta que pode, portanto, definir um ilícito de improbidade, mas a descrição clara e cognoscível de uma conduta/comportamento. A determinabilidade⁸¹³ proporcionada pelo *tipo* torna-se imprescindível para a efetivação da *segurança jurídica, in casu*.

Esse entendimento fortalece o sentido de taxatividade, extraída da tipificação de condutas, que significa “a sujeição do intérprete à lei, no sentido em que este não pode criar (...) crimes – ofensas a bens juridicamente tutelados (ou qualificar factos que caracterizem crime) – não previstos em lei, nem recorrer à

⁸¹¹ CANOTILHO, 2007, op. cit., p. 51.

⁸¹² ÁVILA, 2014, op. cit., p. 655.

⁸¹³ “(...) a determinação é recomendável com base na ideia de que a justificação das decisões judiciais (i.e. para as decisões possam ser justificadamente coercivas) pressupõe que elas sejam garantidas unicamente pelo conjunto de argumentos legais (e não pelo recurso a outra classe de argumentos, i.e., argumentos extralegais ou exteriores ao bloco de legalidade), de forma que o indivíduo possa ter oportunidade de conformar o seu comportamento à lei (...).” (DOURADO, Ana Paula. **O Princípio da Legalidade Fiscal: Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 330.)

analogia”⁸¹⁴, e assim evitando a *indeterminabilidade* do Direito, decorrente da caracterização de um ilícito a partir da violação de princípios. Afere-se, então, a estabilização do sistema.

A concessão de certeza e confiabilidade ao sistema jurídico, como corolário da determinação e taxatividade, por sua vez, não acarreta a imutabilidade do sistema jurídico, mas impõe um respeito à Constituição Federal, aos limites impostos por ela.

“Ao se enfatizar a importância da confiabilidade do ordenamento jurídico, especialmente por meio da sua estabilidade e da sua vincutividade, não se pretende negar a importância da variabilidade das normas e, com isso, da flexibilidade e da inovação. O Direito situa-se sempre entre tradição e inovação, permanência e adaptabilidade. A CF/88, ao dificultar a mudança constitucional por meio da instituição de requisitos de forma, e ao proibir a emenda constitucional sobre determinados assuntos, protege, de um lado, a estabilidade do ordenamento jurídico; de outro, porém, pressupõe a sua variabilidade e a sua modificabilidade - s- se restringe a mudança daquilo que pode mudar.”⁸¹⁵

Esse debate é necessário, pois sempre se argumenta contra a estabilidade sistêmica, conferida pela certeza e taxatividade de normas, como consequência da tipificação de condutas, alegando o risco de engessamento do ordenamento, e falta de mutabilidade necessária para acompanhar a dinamicidade social. Esse argumento não procede, uma vez que o sistema continua dotado de mutabilidade, o que se quer é assegurar que os direitos fundamentais limitadores do exercício do poder estatal⁸¹⁶ irão proteger o cidadão, contra abusos e arbitrariedades.

Assim, há que se exigir as especificação de condutas/comportamentos descritos em lei, sob pena de condenar ações meramente irregulares, sem que se tenha a confirmação da sua ilicitude. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou materializando o entendimento nos seguintes termos:

⁸¹⁴ Idem. Ibidem, p. 331.

⁸¹⁵ ÁVILA, 2014, op. cit., p. 79/80.

⁸¹⁶ “(...) a confiança depositada na lei e no legislador aos poucos vai enfraquecendo, na medida em que se verifica a possibilidade de opressão por meio da lei, tornando-se, não raras vezes – quer pelo legislador primário (o Parlamento), quer pelo Executivo (decretos-leis, medidas provisórias), - instrumentos de domínio e arbítrio. Nesse contexto surgem as chamadas “reservas materiais do Direito e da Constituição”, espaços predeterminados axiologicamente, interditados à livre disposição do legislador.” (FIGUEIREDO, 2003, op. cit., p. 112.)

“(…) Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.” (REsp. 980.706/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 3.2.2011, p. DJe 23.2.2011.)

Por último, conforme discutido neste tópico da tese, impõe-se a aplicação do princípio da *segurança jurídica* para impor a necessidade da *taxatividade de condutas pelo tipo* (princípio da legalidade), como consequência da exegese constitucional. Pode-se, então, questionar: por que um princípio pode pautar o exercício dos Poderes Públicos, e não pode servir para estabelecer uma “pauta” de conduta tipificada? Impor o *princípio da segurança jurídica* como limite aos Poderes e não aceita-los como barreira ao comportamento do agente que pratica atos ímprobos é paradoxal? A resposta é negativa, pelos seguintes argumentos.

O princípio da *segurança jurídica* possui *status* normativo constitucional, decorre, portanto, da própria Constituição Federal, impondo-se como limite de todo o sistema jurídico, pois “permeia o direito positivo, condicionando toda sua dinâmica (...) resulta que (...) toda produção do Direito deve se pautar pelas exigências do referido princípio”⁸¹⁷.

Importante, para fundamentar a resposta ao questionamento formulado, mais uma vez asseverar que:

“(…) o princípio da segurança jurídica apresenta-se na classe do sobredireito, visto que regula a produção e a aplicação de normas jurídicas. Dirige-se a outras normas, as quais se presta a coordenar – formal e temporalmente –, em homenagem à previsibilidade, à mensurabilidade e à estabilidade que deve guardar a atuação do Estado. Cuida-se de garantia, ao mesmo tempo, decorrente da positividade e sobre ela incidente.”⁸¹⁸

Elide-se assim o suposto paradoxo, uma vez que faz parte da própria aplicação do *princípio da segurança jurídica* impor a positivação das condutas em tipos, estabelecendo-se regras comportamentais que irão pautar a vida social, e

⁸¹⁷ VALIM, 2010, op. cit., p. 46.

⁸¹⁸ Idem. Ibidem, p. 46.

nesse caso, ainda, imprescindível consignar que a sua exigência se torna indispensável, posto que tem como escopo conferir a certeza e estabilidade necessárias à convivência entre seres humanos, decorrente da previsibilidade para os indivíduos do que é possível ou não fazer.

Em sentido antagônico, a utilização de princípios para caracterização de um ilícito gera imprevisibilidade, pautada na arbitrariedade e/ou subjetividade daqueles que exercem as parcelas de poder relacionadas à concretização do *jus puniendi*. Tem-se, então, *insegurança jurídica*, o oposto da certeza, confiança e estabilidade para a vida em sociedade.

Os comportamentos proibidos devem estar expressos de forma clara, com o mínimo (ou quase nada) de vagueza e ambiguidade, por leis que estabelecem regras de conduta, nesse caso, estabelecendo o que é proibido (e ao mesmo tempo o que é permitido), quando se trata de lidar com a coisa pública.

“(…) em vez de constituir um elemento para ser objeto de ponderação, na qualidade de princípio, a segurança jurídica é concretizada constitucionalmente por meio de regras que, como tais, não se submetem a uma mera ponderação horizontal. A importância dessas regras está em criar uma rigidez aplicativa que não pode ser afastada, por meio de ponderação, pela consideração de razões muitas vezes qualificadas de superiores, como ocorre em outros sistemas jurídicos em que não há qualquer tipo de regramento.”⁸¹⁹

O princípio da segurança jurídica, de estatura hierárquica constitucional, logo como elemento de delimitação do sistema jurídico, portanto, exige a positivação de regras para evitar que a definição de comportamentos fundadas em outros princípios, que inevitavelmente irão colidir, se transforme em um problema, gerando instabilidade para a vida social.

A aplicação de princípios requer uma avaliação axiológica⁸²⁰ que favorece a discricionariedade, daí a importância de afastar da conformação do sistema

⁸¹⁹ ÁVILA, 2014, op. cit., p. 656.

⁸²⁰ “Nessas valorações axiológicas é que o juiz “às vezes apela a instâncias exteriores ao universo estritamente normativo, como a ‘fatores morais’, a ‘exigências da vida real’, às ‘necessidades e ao espírito da comunidade’ etc.”, para buscar um sentido novo para a mesma regra jurídica, anteriormente aplicada com significado diverso. “em outras ocasiões, ao contrário, os critérios julgadores que legitimam uma mudança de orientação encontram suas raízes nos valores que consagram a Constituição mesma e que, por isso, de uma fertilidade interpretativa incontida e

jurídico institutos que possam gerar *insegurança*, e prestigiar e valorizar aqueles que geram *segurança*.

O combate à discricionariedade encontra-se insito na exigência de *segurança jurídica*, constituindo-se em uma das funções deste princípio no sistema jurídico. A figura do *tipo* torna-se essencial nesse contexto.

Ante o exposto neste tópico, conclui-se pela imposição do sistema constitucional, aplicando-se o princípio da segurança jurídica, de tipificação de condutas para que se possa caracterizar o ilícito administrativo de improbidade, o que torna inaplicável, por vício de inconstitucionalidade, a regra genérica e imprecisa do *caput*, do art. 111, da Lei nº 8.429/1992, por ausência de especificação de quais são os comportamentos proibidos, pautada na incerteza de uma tipificação aberta e ambígua, o que vai de encontro à própria essência de um Estado Democrático de Direito.

4.4 A TEORIA DO GARANTISMO APLICADA AO DIREITO ADMINISTRATIVO NA MATERIALIZAÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Outra consequência, esta de caráter hermenêutico, da similitude de natureza entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador, especificado nessa pesquisa pelos atos de improbidade administrativa, decorrente da incidência do princípio da segurança jurídica é a extensão para o Direito Administrativo da aplicabilidade do *garantismo*.

Para fundamentar esse tópico, inicialmente é preciso trabalhar conceitualmente a noção de *garantismo*. O desenvolvimento teórico da matéria é atribuído a Luigi Ferrajoli, principalmente na sua obra *mater. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Pena*⁸²¹. O garantismo é uma concepção *juspositivista* que enaltece o vínculo entre a Constituição e a democracia, e invoca a aplicação dos direitos fundamentais na delimitação do sistema jurídico⁸²².

imprevisível”.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 188.)

⁸²¹ FERRAJOLI, 2006, op. cit.

⁸²² “(...) podemos falar de um nexo entre democracia e positivismo jurídico que se completa com a democracia constitucional. Este nexo entre democracia e positivismo geralmente é ignorado. Entretanto devemos reconhecer que somente a rígida disciplina da produção jurídica está em grau de democratizar tanto a sua forma quanto seus conteúdos.” (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi;

Três sentidos são conferidos ao constitucionalismo garantista por Ferrajoli, considerando-o: a) como modelo de sistema jurídico; b) como teoria do direito; c) como filosofia e teoria política. Ver-se-á o sentido de cada um desses modelos.

A característica central do garantismo como modelo de sistema jurídico, perpassa pela positivação dos princípios, que devem subjazer toda a produção normativa do sistema jurídico, de sorte que “configura-se como um sistema de limites e vínculos impostos pela Constituições rígidas a todos os poderes”⁸²³.

Na perspectiva de constituir uma teoria do direito, caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre validade e vigência, na qual o tema mais relevante se torna a existência de um direito constitucionalmente ilegítimo, uma vez que surgem “antinomias provocadas pela indevida produção de normas inválidas em contraste com a Constituição e, em especial, com os direitos e liberdades constitucionalmente estabelecidos”⁸²⁴.

Em terceiro, e último, plano, o garantismo é analisado sob a perspectiva de uma filosofia e teoria política, na qual se desenvolve como uma teoria democrática, visto não de forma abstrata, mas como capaz de assegurar uma democracia substancial, para além da sua clássica modelagem formal, e “disso resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos”⁸²⁵. Uma democracia, portanto, capaz de assegurar e garantir a efetividade material dos direitos e garantias fundamentais, sejam eles: civis, políticos, liberdades individuais ou sociais; estabelecendo limites e vínculos a todos os poderes.

STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karan (Orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23.)

⁸²³ Idem. Ibidem, p. 24.

⁸²⁴ FERRAJOLI, 2012, op. cit., p. 24.

⁸²⁵ Idem. Ibidem, p. 25.

Luigi Ferrajoli estabelece, em síntese, a nova configuração dada ao Direito a partir do desenvolvimento dessas três dimensões desse (Neo)Constitucionalismo⁸²⁶, nos seguintes termos:

“(...) o constitucionalismo garantista configura-se como um novo paradigma juspositivista do direito e da democracia que completa – enquanto positivamente normativo nos confrontos da própria normatividade positiva e enquanto sistema de limites e de vínculos substanciais relativos ao “quê”, em acréscimo àqueles somente formais, relativos ao “quem” e ao “como” das decisões – o velho modelo paleo-jus-positivista. Graças a ele os princípios ético-políticos através dos quais eram expressos os velhos “direitos naturais” foram positivados, convertendo-se em princípios jurídicos vinculantes nos confrontos de todos os titulares de funções normativas: não mais como fontes de legitimação somente externa ou política, conforme o tradicional pensamento político liberal, mas também como fontes de legitimação e, sobretudo, de deslegitimação interna ou jurídica, que designam a razão social daqueles artifícios que, na verdade, são o Direito e o Estado Constitucional de Direito.”⁸²⁷

A vinculação aos princípios constitucionais positivados, o respeito ao conjunto de direitos fundamentais, torna-se o paradigma de um (novo) constitucionalismo, fundado em uma democracia de valores (substancial, em superação ao velho procedimentalismo⁸²⁸), mas que continua tendo a função delimitar o exercício do poder estatal.

Com relação aos princípios, todavia, é preciso esclarecer que eles não devem assumir no sistema jurídico o papel que é atribuído às regras, que devem ser valorizadas, como já se viu, por tratar-se de questão de segurança jurídica. Assim, adverte Ferrajoli que:

“O constitucionalismo principialista, graças ao papel de fonte do direito associado à jurisprudência, enfraquece a normatividade das

⁸²⁶ É preciso entender que não existe um neoconstitucionalismo, deve-se pensar no plural em: *neoconstitucionalismo(s)*, uma vez que não existe apenas uma matriz teórica *neoconstitucional*, são diversas as abordagens teóricas. A teoria neocostitucional aqui desenvolvida é a do constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli.

⁸²⁷ FERRAJOLI, 2012, op. cit., p. 26.

⁸²⁸ Acerca da prevalência de um modelo substancial, adverte-se, todavia que “se por um lado a valorização do aspecto *substancial* apresenta uma adequação ao propósito de defender e garantir direitos fundamentais, isso não exclui a necessária observância a procedimentos, como forma de oposição ao poder arbitrário.” (PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 209.)

Constituições, confiando a escolha de quais princípios constitucionais respeitar ou não respeitar, atuar ou não atuar, à ponderação judicial, além da legislativa, com a consequente inversão da hierarquia das fontes. O que é exatamente o oposto do que exige o constitucionalismo garantista com a teorização da divergência deontológica entre o dever ser constitucional e o ser legislativo do direito e a crítica do virtual desenvolvimento do direito constitucionalmente ilegítimo (...).”⁸²⁹

Na consolidação dessa democracia substancial, proposta pelo constitucionalismo garantista, existem alguns problemas a serem enfrentados, entre eles destaca-se a denominada *crise da legalidade*, percebida por Luigi Ferrajoli como um problema que atinge o Direito Penal, e que aqui estenderemos ao Direito Administrativo, pelos argumentos de similitude já discutidos.

A legislação, hodiernamente, e aplica-se ao Brasil este entendimento, pode ser considerada confusa, tortuosa, contraditória e, principalmente, imprecisa (direito penal e administrativo), o que a torna incompreensível, quando, ao contrário, deveria ter ela a máxima clareza possível, por se estar diante do exercício do *jus puniendi*.

Sem um maior aprofundamento, mas é evidente que esse problema se deve a alguns fatores, entre eles os problemas que envolvem a crise de governabilidade do Estado, principalmente na confusa e contraditória relação entre os Poderes estatais; e a falta de solidez na produção do conhecimento jurídico, que acompanhou a *fluidez da pós-modernidade*.

Torna-se, então, *prima facie*, fundamental recuperar a chamada “dignidade da legislação”, que está abalada, “não só pelos limites e vínculos constitucionais (...), sobretudo, pela desregulamentação e pelas involuções provocadas exatamente pela pretensão do poder legislativo de se tornar ilimitado”⁸³⁰, requerendo a renovação da dogmática jurídico constitucional para restabelecer os limites ao exercício dos poderes, como foi asseverado inicialmente neste tópico.

Defende Ferrajoli, dessa forma, que se faz necessária a sujeição da legislação a uma espécie de “metanorma”, que é o *princípio da legalidade estrita*,

⁸²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: O Constitucionalismo Garantista como Modelo Teórico e como Projeto Político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 143.

⁸³⁰ FERRAJOLI, 2015, op. cit., p. 206/207.

que deverá vincular o legislador, impondo o respeito à máxima clareza possível na construção da norma legislada, e a um rigoroso princípio de economia.

“A legalidade, de fato, é tanto mais vinculante quanto mais ela mesma é vinculada. É este o aparente paradoxo garantista do princípio da legalidade. De fato, a lei pode vincular os juízos sobre a aplicação de seus conteúdos normativos, à medida que estes conteúdos sejam por sua vez vinculados à máxima precisão e determinação. E a legislação e, por conseguinte, a política, podem assegurar a separação dos poderes e a sujeição dos juízes à lei, e assim realizar a prerrogativa constitucional e democrática da reserva absoluta de lei, à medida que a própria lei seja por sua vez subordinada ao direito, ou seja, às garantias idôneas a limitar e vincular a jurisdição mediante os vínculos da precisão e da taxatividade impostos à legislação.”⁸³¹

Defende, portanto, que essa concretização garantista, como modelo de limitação dos Poderes, seja o Legislativo, ou o Judiciário, concretizada por intermédio da “dignidade da legislação”, que impõe o respeito aos direitos e garantias fundamentais, entre eles a liberdade e a legalidade, a requerer *clareza* e *taxatividade* das leis, é a efetivação do ideal proposto pelo *princípio da segurança jurídica*; imprescindível ao se tratar de exercício de poder punitivo.

É certo que se vive na *era das incertezas*⁸³², devido à existência de riscos endógenos e exógenos na sociedade, dentro do paradigma da “aldeia global”. Diante desse quadro, então, é natural que se busque desenvolver sistemas aptos a diminuir essa esfera de *insegurança*, gerada pelas incertezas.

A *segurança jurídica* associada ao garantismo é colocada exatamente como solução desse problema, o papel assumido pelo conjunto de direitos e garantias fundamentais, fruto de uma democracia substancial, que tem como função precípua garantir o cidadão contra as incertezas, por intermédio de um sistema jurídico engendrado para esse fim.

⁸³¹ Idem. Ibidem, p. 207.

⁸³² “Essa incerteza também está intimamente relacionada com a noção de *futuro contingente*, em que se opera uma ruptura com a experiência vulgar do tempo – enquanto simples recondução do passado -, pois tudo se torna possível. O futuro é verdadeiramente contingente, indeterminado, o instante é verdadeiramente instantâneo, suspenso, sem sequência previsível ou prescrita. Projetos e promessas (impulso prometeico) perdem toda pertinência. É a incerteza levada ao quadrado.” (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Uma Introdução Crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.)

Não pode esse sistema, portanto, admitir a existência de nenhum instituto que coloque em risco essa função. Deve ele ser responsável por gerar *certezas*, ao invés de produzir mais incertezas, além daquelas que já se está naturalmente e artificialmente exposto.

A assertiva a seguir produzida para o processo penal tem aplicabilidade, *mutatis mutandis*, ao direito administrativo, e à processualização da sua função punitiva, pelos argumentos já expostos, ao expor que:

“O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente.”⁸³³

O conjunto de garantias e direitos fundamentais passa, portanto, a ser direcionado para o sujeito passivo do processo, para aquele que cometeu o ilícito, e que se submeterá ao exercício do poder punitivo estatal, que, diante de sua fragilidade ante o Estado, precisa de proteção. Esta, por sua vez, não é gratuita, tampouco benesse de ninguém em especial, mas é fruto de um conjunto de direitos e garantias aptos a tutelar e proteger a liberdade, conquistados historicamente e que foram positivados como valores substanciais na Constituição.

A ninguém é deferida a possibilidade de atentar ou desrespeitar esses direitos individuais, nem sob os constantes argumentos de proteção à ordem, ao interesse público, à segurança, ou até mesmo a “escalada de combate à corrupção”. A manutenção e preservação do Estado Constitucional, que se tem hoje, fruto da construção de uma Constituição cidadã, depende do desenvolvimento de um *constitucionalismo garantista*, e a consequente efetivação do seu conjunto de princípios e direitos fundamentais, contra tudo e contra

⁸³³ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da instrumentalidade Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

todos⁸³⁴, funcionando a Carta Política, nesse caso, como uma verdadeira força contra majoritária, na defesa do ser humano.

O objetivo da presente tese, consoante foi esclarecido na introdução, é defender a necessidade de tipificação das condutas que caracterizam a prática do ilícito de improbidade administrativa como uma questão de efetivação do princípio da segurança jurídica. Diante deste último tópico, e da discussão da necessidade de efetividade do constitucionalismo garantista para chegar ao resultado pretendido, ou seja, ao estabelecer que este novo paradigma do constitucionalismo, fomentado por uma democracia substancial, e defensor da aplicação dos direitos fundamentais, notadamente em situações de exercício do Poder punitivo estatal (direito penal e direito administrativo sancionador), não se pode negar outras consequências.

Não se pretende trabalhar ponto por ponto, por fugir aos objetivos da pesquisa, mas é preciso elencar as principais garantias do direito penal e processual penal, que pela similitude de natureza jurídica, e necessidade de reforço de um constitucionalismo garantista, devem ser também estendidas à aplicação do direito administrativo sancionador, uma vez que:

“A LGIA consiste, mais especificamente, numa projeção do direito público sancionador, derivando daí a perspectiva necessariamente *neogarantista* que adotamos, dentro de um modelo democrático, ou seja, uma visão crítica em busca do equilíbrio entre os direitos fundamentais das vítimas e dos acusados de improbidade administrativa, compreendendo a importância do sistema normativo vigente. Tratando-se de direito sancionador, cumpre (re)conhecer as garantias inerentes à LGIA, os direitos dos acusados e os poderes dos acusadores, em uma relação equilibrada e pautada pelo constitucionalismo do devido processo.”⁸³⁵

Apresentar-se-á esquematicamente as referidas garantias, com a indicação do dispositivo constitucional que as fundamenta, a seguir:

⁸³⁴ “Diariamente nos deparamos, desde a tribuna, nas audiências, nas delegacias, com um certo desprezo quando é invocada a violação deste ou daquele dispositivo constitucional. Não raras vezes, presenciamos suspiros de enfado, de ironia até, quando citado o art. 5º da Constituição. É impressionante como é comum ouvirmos comentários do estilo: lá vêm eles com o discurso da Constituição, invocando novamente os tais direitos fundamentais, vamos deixar a Constituição para lá..., não é bom isso que ela quis dizer ...” (LOPES JR, 2006, op. cit., p. 45.

⁸³⁵ OSÓRIO, 2013, op. cit., p. 318.

1. Garantia da inexistência de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII);
2. Garantia do juízo competente ou natural (art. 5º, LIII e LXI);
3. Anterioridade da lei (art. 5º, XXXIX);
4. Irretroatividade da lei, excepcionada pelo benefício do réu (art. 5º, XL);
5. Individualização da sanção (art. 5º, XLVI);
6. Personalização da pena (art. 5º, XLV);
7. Delimitação das sanções aplicáveis (art. 37, §4º);
8. Contraditório e ampla defesa (art. 5º, XXXIV, “a” e LV);
9. Devido processo legal (art. 5º, LIV);
10. Presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Inobstante essas garantias, com fulcro na própria Constituição Federal, bem como da legislação infraconstitucional, incluindo-se a própria Lei de Improbidade Administrativa (art. 12, parágrafo único), aplicam-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como elementos delimitadores na definição e quantificação da sanção aplicável⁸³⁶.

Seguindo entendimento que coaduna com a tese aqui defendida, há quem defenda a aplicação de critérios estabelecidos pela parte geral do Código Penal⁸³⁷, ante uma maior especificação de critérios para definição da sanção,

⁸³⁶ “Qualquer que seja a seara, somente se pode falar em liberdade do julgador na fixação da reprimenda em havendo expressa autorização legal, o que deflui dos próprios princípios norteadores do sistema repressivo. Isto porque a sanção, a um só tempo, representa eficaz mecanismo de garantia dos direitos do homem – o qual somente pode tê-los restringidos com expressa previsão legal – e instrumento de manutenção da paz social, sendo a materialização dos anseios dos cidadãos expressos através de seus representantes.” (GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 691.)

⁸³⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

todavia de forma subsidiária “nas hipóteses em que haja ganho ilícito para o agente ou prejuízo patrimonial para o Erário. Todavia, nas situações de improbidade em que tais elementos não ocorram, o recurso ao previsto no art. 59 do Código Penal auxilia”⁸³⁸.

“É importante ressaltar que a liberdade valorativa assegurada ao órgão jurisdicional, na escolha das sanções que melhor se ajustem à situação concreta, não chega ao extremo de permitir que ele desconsidere a própria individualidade de cada uma das sanções cominadas. Em outras palavras, ao decidir pela incidência de uma dada sanção, não pode ignorar os patamares mínimos e máximos oferecidos pela ordem jurídica, isso sob pena de substituir-se ao Poder Legislativo e moldar preceito secundário diverso daquele que deve incidir sobre o autor do ilícito. Essa constatação torna-se particularmente relevante em relação às sanções de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, que possuem lapsos temporais durante os quais terão eficácia.”⁸³⁹

Reforça-se, assim, a necessidade da observância de todos os elementos sistêmicos, mesmo extraídos do direito penal, para assegurar a efetividade dos princípios da *proporcionalidade* e *razoabilidade*, na estipulação da sanção adequada.

Ao lado das garantias apontadas, pode-se inserir uma outra garantia que está diretamente ligada à seleção da norma sancionadora aplicada, ligada diretamente ao *princípio da legalidade* e a necessidade de *tipicidade*, que é a garantia que proíbe o *bis in idem*. Está relacionado, no sistema constitucional pátrio, às garantias de legalidade, devido processo legal e proporcionalidade; embora nem sempre tenha tido força no Brasil⁸⁴⁰.

A ideia inserida na garantia do *non bis in idem* é a de que uma pessoa não pode ser punida em duplicidade pelo mesmo fato. Não há que falar nessa garantia, todavia, de acordo com o entendimento predominante, extraído da própria Constituição Federal (art. 37, §4º), para evitar que um mesmo sujeito seja

⁸³⁸ DECOMAIN, 2014, op. cit., p. 258.

⁸³⁹ GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 697.

⁸⁴⁰ “No Brasil, a ideia preponderante sempre foia de excluir a aplicabilidade desse princípio ao abrigo do argumento de que os fatos acabam assumindo identidades distintas, desde diversas perspectivas normativas e valorações autônomas, além de existir independência entre as instâncias fiscalizadoras, à luz da separação de Poderes.” (OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 295.)

apenado nas esferas penal e administrativa (improbidade administrativa); havendo, portanto, a possibilidade de um mesmo fato gerar duas punições⁸⁴¹.

Deve-se fazer uma ressalva, porém, pois em determinadas situações pode ocorrer uma impossibilidade de dúplice sancionamento, quando, por exemplo, tanto na esfera penal, como na administrativa, há a previsão de perda da função pública, e a sentença transitada em julgado já operou seus efeitos em uma das esferas, o que acaba por esvaziar (impossibilitar) a aplicação duplicada.

Efetivamente o que se quer defender aqui, todavia, é uma amplificação da garantia do *non bis in idem*, ante o seu potencial para impedir injustiças, além de valorar e aumentar o espedeque de proteção da liberdade, numa perspectiva constitucional garantista.

“Os notórios objetivos políticos, institucionais e jurídicos do princípio que veda o bis in idem não têm impedido, lamentavelmente, processos punitivos aflitivos desencadeados simultaneamente, sem preocupação com valores inerentes à segurança jurídica, à racionalidade e a coerência acusatória. E a importância desse princípio reside, precisamente, na real densificação daqueles valores nele abrigados: segurança jurídica; racionalidade; coerência; boa-fé acusatória; proporcionalidade. Tais valores reclamam densidade normativa maior do princípio em exame, diante dos problemas detectados.”⁸⁴²

Em se tratando da aplicação da lei de Improbidade, outra questão que merece ser considerada ocorre quando uma mesma conduta do agente pode se

⁸⁴¹ A posição dominante é a de que é possível essa aplicação duplicada, cristalizada na seguinte prescrição: “Não há em tal hipótese que ofenda o princípio da proporcionalidade. Foi afirmado que a medida sancionadora adequada e proporcional é definida pelo legislador, à luz das disposições constitucionais, sendo lícito atribuir a uma mesma conduta múltiplas sanções administrativas. Assim como pode atribuir múltiplas sanções administrativas a uma mesma conduta, pode também o legislador atribuir uma sanção administrativa e outra penal. Trata-se de medida adequada e proporcional ao cumprimento da finalidade preventiva, segundo entendimento do legislador.” (MELLO, Rafael, 2007, op. cit., p. 213.). Há, porém, quem defenda a necessidade de revisão deste posicionamento, pensando numa amplificação de alcance da garantia do *non bis in idem*, defendendo, todavia, com a devida cautela que “o reconhecimento do *ne bis in idem* quanto às esferas penal e administrativa não deve ser efetuado de modo isolado. Consoante já afirmado, ele deve ser inserido em uma política criminal com olhar amplo, que considere também outras formas de sancionamento de condutas – e que pode ser denominada de política sancionadora. (...) Com isso, a pena manterá seu rigor de *ultima ratio*, gerando particular credibilidade ao intervento estatal e, ao mesmo tempo, assegurando a observância das correspondentes garantias.” (COSTA, 2013, op. cit., p. 227/228.)

⁸⁴² OSÓRIO, 2015, op. cit., p. 302.

enquadrar simultaneamente nos três tipos previstos pela Lei nº 8.429/92. Nesse caso, se é “único o ato, único deverá ser o feixe de sanções (*ne bis in idem*). No que tange à dosimetria, haverão de compor o feixe de sanções os valores relativos de maior natureza dos ilícitos”⁸⁴³, devendo, então, levar em consideração a pluralidade de ilícitos na individualização e fixação da(s) sanção(ões) aplicável(eis).

Inegável a possibilidade de um estudo específico apenas sobre essa interseção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, ante a necessidade de um desenvolvimento teórico dogmático que favoreça a aproximação entre esses campos, posto que ambos transitam em um campo estatal de extremo risco, qual seja aquele que permite o exercício do *jus puniendi*.

O desenvolvimento prematuro do direito administrativo sancionador no Brasil, conjugada à necessidade de promover uma interpretação constitucional afinada com o paradigma do constitucionalismo garantista, é motivo suficiente para esse estudo específico.

A busca pela efetividade dos princípios da *segurança jurídica* e da *legalidade*, porém, foram suficientes para permitir entender a necessidade de tipificação das condutas na Lei de Improbidade Administrativa, na modalidade de violação e princípios, como corolário do desenvolvimento de um constitucionalismo garantista, que requer uma mitigação dos espaços de incerteza no sistema jurídico, em prol do desenvolvimento de uma verdadeira democracia.

Diante da vida em um mundo no qual pairam cada vez mais incertezas, faz-se necessário um sistema capaz de mitiga-las, mesmo que não e possa ter um Estado de certezas, mas um mínimo de segurança jurídica, como fator primordial para a defesa das liberdades fundamentais. A incansável busca pela *autonomia* prometida pela modernidade, e a realidade de um mundo de inseguranças, que se especializou em tolher a liberdade como forma de combate dos riscos sociais, fundamenta um dilema secular que ainda motiva estudos para a sua superação.

⁸⁴³ GARCIA e ALVES, 2013, op. cit., p. 700.

CONCLUSÃO

Há uma grande preocupação social, estimulada primordialmente pela imprensa, e difundida, principalmente, pelas redes sociais, no aprimoramento de mecanismos e institutos de combate à corrupção. Embora a ideia seja genérica, bem como os conceitos que a permeiam abstratos, o fato é que a Ciência Jurídica é cobrada neste sentido.

Todas as vezes que este tipo de movimento se instaura, a ideia é criar novos mecanismos legais para enfrentamento dos “problemas”. No caso da corrupção o pacote inclui a lei de acesso à informação, a lei anticorrupção (responsabilização de pessoas jurídicas), extinção de financiamento privado (empresas) de campanha política, entre outros, e até mesmo a apresentação de um projeto de lei denominado de “10 medidas contra a corrupção”.

Institutos já existentes no sistema jurídico, todavia, voltam a chamar a atenção, demandado um novo olhar sobre eles. Neste momento, não é possível se entregar ao sentimento emocional do senso comum, pelo contrário, o Direito, a partir do domínio da racionalidade requer cautela, evitando a instauração de um “Estado de Exceção”.

Um diploma legal já pertencente ao ordenamento jurídico, que se encontra em fase de “redescoberta”, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, principalmente diante da sua problemática e confusa aplicação, constatada desde a sua criação, é a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992.

Um dos objetivos desta pesquisa teve como escopo refletir sobre o seu aprimoramento mediante uma aplicação *qualitativa* do diploma legal, ao observar o problema da improbidade por violação de princípios.

A construção do objeto da tese desenvolvida gravitou, portanto, ao redor da aplicabilidade do *caput*, do art. 11, da Lei nº 8.429/1992, que define a possibilidade de caracterizar um ato como improbo, e a consequente aplicação das sanções cominadas pela legislação, pelo fato de um agente público agir em desconformidade com os princípios da Administração Pública.

O problema vislumbrado desde o início é a possibilidade da aplicação do referido dispositivo legal fundamentar a discricionariedade/arbitrariedade do intérprete, dando vez a um *estado de insegurança*, em decorrência da estrutura normativa dos princípios.

Torna-se, nesse quadro, imperiosa a busca por *segurança jurídica*, ou seja, a superação do *estado de risco e subjetividade* gerado pela aplicação de princípios, além do enfrentamento da discricionariedade do Poder Judiciário na aplicação desta espécie normativa.

Muitas são as discussões doutrinárias, dentro e fora do Brasil, acerca da delimitação do que é uma *norma principiológica*, bem como de sua distinção das regras e a sua aplicabilidade. A construção dos enunciados normativos dos princípios se vale de palavras e expressões ambivalentes ou polissêmicas, o que torna a tarefa do intérprete complexa, na definição de normas a partir dos *princípios*.

Alguns doutrinadores concebem os enunciados normativos definidores de princípios como *conceitos jurídicos indeterminados*, ante a extrema dificuldade de delimitação dos seus conteúdos. Aliada a esse obstáculo, as construções teóricas que se notabilizaram, que se convencionou chamar de *teoria dos princípios*, em nada colaboram com a superação deste entrave hermenêutico, pelo contrário aumentam-no, ao, por exemplo, definir princípio como *cláusula de otimização*.

Diante desta tarefa árdua, e com o escopo de definir *princípios jurídicos*, a opção adotada foi um conceito extraído da corrente denominada de *hermenêutica crítica*, todavia conjugada com o modelo *sistêmico*. A função dos princípios, então, não está relacionada à solução direta dos casos concretos, mas tão somente conferir *legitimidade* a decisão alcançada por seu intermédio.

Compete, ainda, aos princípios permitir o rompimento com eventuais raciocínios dedutivos e indutivos. Enquanto isso, as regras, uma vez perpassadas pelos valores insculpidos pelos princípios, objetivam estabelecer as condutas normatizadas.

Decorrente de uma aplicação casuística, por sua vez, objetiva-se alcançar respeito à integridade e coerência do sistema, de sorte que, a aplicação

do direito a um novo problema deverá ser comparada com as decisões anteriores, uma vez que somente na facticidade dos casos concretos é que será possível *produzir* as normas.

Valendo-se, porém, de um modelo que ao invés de perseguir *hermeneuticamente* as respostas adequadas, incentivou a produção de teorias *argumentativas*, que se preocupavam com a construção de argumentos (discricionários e arbitrários) que legitimassem suas decisões, os intérpretes geraram um conjunto de proposições, que lidas pelos teóricos, acarretou na prática de *decisionismos*. Fossem as teorias positivistas ou pós-positivistas o resultado acabou sendo o mesmo.

As *teorias argumentativas*, portanto, não se preocuparam em produzir discursos de justificação extraídos de processos hermenêuticos adequados e que levassem os direitos à sério, e sim em produzir discursos de legitimação de decisões subjetivistas, e, assim, arbitrárias, inquinadas do vício da pessoalidade.

O resultado alcançado foi um *estado de insegurança* proporcionado pelo direito. Acontece que, o princípio que é tutelado pelo direito é o da *segurança jurídica*, comprovando a existência de uma incoerência, inaceitável sob uma perspectiva sistêmica.

Dá-se então a investigação do sistema jurídico pátrio para buscar a solução do problema, na investigação de como poder-se-ia aplicar o princípio da segurança jurídica no controle da discricionariedade da interpretação do dispositivo que determina a prática de atos de improbidade administrativa por violação de princípios.

É preciso, porém, antes de continuar nessa caminhada, registrar que a natureza jurídica da *improbidade administrativa* está contida no *direito administrativo sancionador*, representando uma das facetas do exercício do *jus puniendi* estatal. Diversamente do que historicamente se defendeu no Brasil, a *improbidade administrativa* não tem natureza cível, nem tampouco híbrida (o que nada diz), muito menos penal (essa por expressa vedação constitucional, embora o casuísmo confunda e deixe transparecer grande similitude), mas sim de *direito administrativo sancionador*.

A *improbidade administrativa*, enquanto direito administrativo sancionador, tem uma forte aproximação de natureza com outro campo do Direito, qual seja o direito penal. Ambos possibilitam o Estado exercer a sua função punitiva, sancionadora, pela prática de ilícitos, e adentrar na esfera de liberdade individual (em sentido amplo).

Essa aproximação, por sua vez, tem consequências práticas, concretas, como, por exemplo, a necessidade de respeitar o conjunto de garantias constitucionalmente tuteladas, e historicamente conquistadas, consagradas em regras e princípios da Carta Política.

Entre os *princípios* garantidores de direitos individuais na proteção do cidadão quando há o exercício do *jus puniendi* estatal, encontra-se o *princípio da legalidade*, que exige a necessidade de previsão expressa e taxativa das condutas passíveis de sancionamento pelo Estado em leis, por intermédio da figura denominada de *tipo*.

O *tipo*, portanto, representa uma garantia dos cidadãos contra a arbitrariedade estatal, ao impor ao Estado a previsibilidade da descrição das condutas que caracterizam o ato improprio anteriormente à prática dos atos. Não pode, nesse caso, a pessoa que se submete ao regime jurídico-administrativo, ficar à mercê da discricionariedade do intérprete na definição do que é princípio e o seu conteúdo, na caracterização da *improbidade administrativa*.

A *tipificação*, como consequência da aplicação do *princípio da legalidade*, que por sua vez é uma das faces do *princípio da segurança jurídica*, garante a salvaguarda de outros princípios constitucionais como a *liberdade* e a *igualdade*. Registre-se, mais uma vez, que se trata de uma imposição da Constituição Federal de 1988, decorrente da natureza jurídica do ato de *improbidade administrativa*.

Inobstante a aplicação desta garantia, decorrente da legalidade, outras garantias estão definidas entre os direitos fundamentais constitucionalmente positivados, e algumas delas, respeitadas as peculiaridades da *improbidade administrativa*, em comparação com o direito penal, embora haja similitude de natureza jurídica, também serão aplicadas na interpretação da Lei de Improbidade Administrativa.

São as seguintes garantias extraídas da Constituição Federal de 1988: inexistência de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII), juízo competente ou natural (art. 5º, LIII e LXI), anterioridade da lei (art. 5º, XXXIX), irretroatividade da lei, excepcionada pelo benefício do réu (art. 5º, XL), individualização da sanção (art. 5º, XLVI), personalização da pena (art. 5º, XLV), delimitação das sanções aplicáveis (art. 37, §4º), contraditório e ampla defesa (art. 5º, XXXIV, “a” e LV), devido processo legal (art. 5º, LIV), presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Os riscos e a insegurança da vida em sociedade requerem mecanismos de enfrentamento, mas cabe ao Estado, simultaneamente assegurar a preservação de valores individuais, contrariando uma lógica do *sensu comum teórico* de que há uma disputa entre os *interesses públicos versus interesses privados*, pois ambos decorrem do mesmo sistema constitucional, e a interpretação/aplicação do direito a casos concretos deverá considerar isso.

A opção pela expressão *dimensão* dos direitos fundamentais, em detrimento da expressão *geração*, decorre, por exemplo, da defesa de que não há superação de uma pela outra, mas sim adição, num fortalecimento do conjunto de direitos e garantias dos seres humanos pelo sistema constitucional. Não há que se falar, portanto, em flexibilização de garantias, e na supremacia do interesse público (retórica), diante da existência de direitos fundamentais. Isso também é uma questão de *segurança jurídica*.

As garantias foram construídas historicamente com o espeque de emancipar o ser humano, protege-lo contra as arbitrariedades do Estado, notadamente quando esse se vale da utilização da força constante do seu poder punitivo, e tem como finalidade maior assegurar a todos a preservação da *dignidade humana*.

Não se nega aqui o exercício de um direito punitivo por parte do Estado, nem tampouco se desqualifica a necessidade de combate à corrupção, o escopo deste trabalho, em síntese, é a busca de qualificação deste sistema, para combater a sua discricionariedade e seletividade, em respeito aos ideais de isonomia, equidade e justiça, e, principalmente, defender o conjunto de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente tutelados.

Em uma quadra da história na qual se ouve cotidianamente falar sobre atentados à Constituição Federal, por parte da sociedade e de suas instituições, faz-se urgente e necessário respeito à nossa Lei Maior, sob pena de desmantelamento do Estado Democrático de Direito, o que, por sua vez, tem um alto custo social, político e econômico. Respeitemos a Constituição!

BIBLIOGRAFIA:

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Conceito de Validade Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro**, In BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo (coordenadores). **Improbidade administrativa – questões polemicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

AMARAL, Francisco. **Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro**. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 233-243.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima – Códigos da Violência na Era da Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003a.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do Agente Público: Individualização da sanção por ato de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARIZA, Santiago Sastre. **La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da Argumentação Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.

AUGSBERG, Ino. **A Desunidade da Razão na Multiplicidade de suas Vozes – A Teoria da Ponderação e a sua Crítica como um Programa Jurídico-Teórico**. In CAMPOS, Ricardo. **Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19-35.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AVRITZER, Leonardo. **Os Impasses da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O Ato de Decisão Judicial: Uma Irracionalidade Disfarçada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1999.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **“Recurso Extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”**. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Volume III, disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em 28/04/2016.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BERTONCINI, Mateus. **Direito Fundamental à Proibição Administrativa**. In OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano e GHIGNONE, Luciano. **Estudos Sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 3-16.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral – Volume 1**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOFF, Leonardo. **Ética e Moral: a busca de fundamentos**. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ªd. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Ciência Política**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, José Souto Maior. **O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. *in*. **Revista de Direito Tributário**, n.63, São Paulo: Malheiros, 1994.

BRAGA, Pedro. **Ética, Direito e Administração Pública**. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio De Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Tipicidade Penal: Dos Elementos da Dogmática ao Giro Conceitual do Método Entimemático**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. **Teoria Jurídica do Crime**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. **Argumentação *Contra Legem*: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos caos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMMAROSANO, Márcio. **Moralidade Administrativa**. *In* DALLARI, Adilson Abreu, NASCIMENTO, Carlos Valder do e MARTINS, Ives Gandra da Silva (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo – Vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Luiza Ferreira e JUST, Gustavo. **Transformações do Discurso Administrativista: A assimilação das formas argumentativas “pós-positivistas” e as tentativas de redefinição de institutos-chave do Direito Administrativo**. In MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: Transformações e Tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 89-122.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, José Murilo. **Passado, Presente e Futuro da Corrupção Brasileira**. In AVRITZER, Leonardo *et alii*. **Corrupção: Ensaios e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 200-205.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tributo e Segurança jurídica**. In LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASERMEIRO, Pablo Rando. **La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador: um análisis de política jurídica.** Valencia: Tirano lo Blanch, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros – volume 1º.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CASTEL, Robert. **A Insegurança Social: O que é ser protegido?** Petrópolis/RJ: Vozes, 2005.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária.** Salvador: Juspodivm, 2007.

CEREZO MIR, José. **Derecho Penal I – Parte General.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.** *In: Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975, págs. 159-175. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788179>. Acesso em 05 de julho de 2016.

CHUEIRI, Vera Karan. **A Constituição Brasileira de 1988: Entre Constitucionalismo e Democracia.** *In Revista do instituto de Hermenêutica Jurídica – n. 6 – 20 Anos de Constitucionalismo Democrático: E Agora?* Porto Alegre: IHJ, 2008, p. 413-430.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais.** *In SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-Penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico.** *In CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORREIA, Eduardo. **Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social**. In **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1973.

COSSIO, Carlos. **La Teoria Egologica Del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad**. 2ª ed. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1964.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DALLARI, Adilson de Abreu e FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 1**. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DOURADO, Ana Paula. **O Princípio da Legalidade Fiscal: Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação**. Coimbra: Almedina, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FELLET, André. **Regras e Princípios, Valores e Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karan (Orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A Democracia Através dos Direitos: O Constitucionalismo Garantista como Modelo Teórico e como Projeto Político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ, Sergio. **Corrupção, Ética e Moralidade na Administração Pública**. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.367-376.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias**. In Revista de Direito Tributário. n.17/18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FERREIRA, Sérgio de André. **O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais**. In Revista Forense, v.334. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FIGUEIREDO, Eduardo H. L.. **Crítica aos Princípios do Direito Moderno: História, sociedade e Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A “Corrupção” e a Improbidade – Uma reflexão**. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.253-260.

FILGUEIRAS, Fernando. **Marcos Teóricos da Corrupção**. In AVRITZER, Leonardo *et alii*. **Corrupção: Ensaios e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 299-306.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação**. In: **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro, n. 204, abr/jun 1996, p. 65-84, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46754/46380>. Acesso em 17 de julho de 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.** 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GALVÃO, Fernando e GRECCO, Rogério. **Estrutura Jurídica do Crime.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

_____. **Improbidade Administrativa.** 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson. **O Direito Comunitário e o Controle do Poder Discricionário pela Justiça Administrativa.** In GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade Administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOMETZ, Gianmarco. **La Certezza Giuridica come Prevedibilità.** Torino: Giappichelli, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Por Que Tenho Medo dos Juízes: A interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUASTINI, Ricardo. **Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional.** Madrid: Trotta, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e aplicação.** São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção – Enfoque Sócio-Histórico-Jurídico-Penal**. Porto Alegre: SAFE, 1994.

HARGER, Marcelo. **A Utilização de Conceitos de Direito Criminal para Interpretação da Lei de Improbidade**. *In: Revista Bonijuris*. Ano XXIII - nº 568 - Março/11, p. 18-26. Disponível em:

<http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/ApresentacaoRevista.do;jsessionid=E88CF947EA3D4767CB580B39B7E2BA55?revista.idRevista=99>. Acesso em 06 de julho de 2016.

_____. **Aspectos Inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa**. *In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 42, abril/maio/junho de 2015, p. 1-21. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=665>. Acesso em 15 de julho de 2016.

HART, Herbert L. A.. **O Conceito de Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **A Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Acerca da Segurança Jurídica nos 25 Anos da Constituição Federal de 1988**. *in Teses da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

_____. **Direito adquirido a regime jurídico: confiança legítima, segurança jurídica e proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público**. Salvador: Tese de Doutorado (UFBA), 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. *In: Revista de Direito Administrativo*. V. 1 – nº1. Rio de Janeiro: 1945, p. 24-31. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302>. Acesso em 06 de julho de 2016.

JIMÉNEZ, Irene Nuño e SEGUIDO, Francisco Puerta. **Derecho Administrativo Sancionador: Pincipios de la Potestad Sancionadora**. *In: Gabilex n. 5 – Marzo 2016*. Disponível em: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/derecho_administrativo_sancionador_irene_nuno.pdf. Acesso em 11 de julho de 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O princípio da moralidade pública e o direito tributário**. *In* Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 11, 1996.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Porto: Porto, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LADEUR, Karl-Heinz e CAMPOS, Ricardo. **Entre Teorias e Espantalhos – Deturpações Constitutivas na Teoria dos Princípios e Novas Abordagens**. *In* CAMPOS, Ricardo. **Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97-131.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

LIVET, Pierre. **As Normas: Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristóteles**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009.

LOPES, Luciano Santos. **Os Elementos Normativos do Tipo Penal e o Princípio Constitucional da Legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Uma Introdução Crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da instrumentalidade Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

LUZ, Yuri Corrêa. **O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador**. In: PRADO, Luiz Regis e DOTTI, René Ariel (org.). **Direito Penal da administração pública**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011, p. 1079-1120.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Teoria Geral do Direito: Segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes e MAIA, Mário Henrique Goulart. **O Poder Administrativo Sancionador: Origem e controle jurídico**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANRIQUE, Ricardo García. **En torno de la libertad, la igualdad, y la seguridad como derechos humanos básicos (acotaciones a Liborio Hierro)**. In DOXA n.23, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/en-torno-a-la-libertad-la-igualdad-y-la-seguridad-como-derechos-bsicos--acotaciones-a-liborio-hierro-0/0076a9ba-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>. Acesso em 29/04/2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentário à Lei nº 8.429/92**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal – Tomo I**. Barcelona: Ariel, 1962.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo – Vol. I – Introdução**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Granada/ES: Comares, 2004.

MICHELON, Cláudio. **Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica**. In MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261-285.

MILESKY, Helio Saul. **O Estado Contemporâneo e a Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. Bauru/SP: EDUSC, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O princípio da moralidade e seu controle objetivo**. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MURICY, Marília. **Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico**. in BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigues (orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. In: **Revista de Direito Administrativo – n. 219 – Jan/mar**. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 127-151.

NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Corrupção: O combate através da prevenção**. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.15-35.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2013.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. **O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos.** *in* SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** n.3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica – A Nova Retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A nova retórica.** 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito.** São Paulo: Malheiros, 2011.

PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela. **Segurança jurídica e Direitos Humanos: O Direito à Segurança dos Direitos.** *In* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança jurídica: Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PLATES, José Rubens. **Direito Fundamental ao Governo Honesto.** *In* Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 36, p. 79-100 – Edição Especial 2011, p. 79-100.

PUIG, Santiago Mir. **El Derecho Penal em el Estado Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal 1 – Parte Geral**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REIS, Fábio Wanderley. **Corrupção, Cultura e Ideologia**. In AVRITZER, Leonardo *et alii*. **Corrupção: Ensaio e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 328-334.

REQUIÃO, Maurício. **Normas de Textura Aberta e Interpretação: Uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

ROMERO, Abelardo. **Origem da Imoralidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Conquista, 1967.

ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. **Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. – Tomo I**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador em Xeque**. In: **Revista dos Tribunais – RT - nº 922 – Agosto/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.291-322.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder: Ensaio Sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa: Reflexões sobre a Lei 8.429/92**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **A Deslealdade às Instituições como Improbidade Administrativa por Violação de Princípios**. In OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano e GHIGNONE, Luciano. **Estudos Sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 147-156.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança jurídica: Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCHILLER, Andrés Benavides. **Acerca de la Corrupción Pública y Privada em España a Luz de los Delitos Contra la Administración Pública**. In: **Cuadernos de Política Criminal – número 108, III, Época II, diciembre de 2012**. p. 119-139. Disponível em: http://app.vlex.com/#WW/search/*/%C2%BFPuede+el+derecho+sancionador+frenar+la+corrupci%C3%B3n%3F+Reflexiones+desde+el+an%C3%A1lisis+econ%C3%B3mico+del+derecho/WW/vid/425735210/graphical_version. Acesso em 15 de julho de 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenker. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Constituição e Segurança jurídica.** In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança jurídica: Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Pablo Aflen da. **O Risco da Técnica de Remissão das Leis Penais em Branco no Direito Penal da Sociedade de Risco.** In: Política Criminal. Nº 3, 2007. A-7, p.1-21. Disponível em: http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/lei+penal+em+branco/WW/vid/44091009/graphical_version. Acesso em 08 de julho de 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Ponderação e Objetividade na Interpretação Constitucional.** In MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363-380.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **O Constitucionalismo Brasileiro Tardio.** Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido.** Coimbra: Almedina, 2003.

SOUZA, Jessé. **A Tolice da Inteligência Brasileira: Ou como o país se deixa manipular pela elite.** São Paulo: LeYa, 2015.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.** *in*. STRECK, Lenio e STEIN, Ernildo (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Um Direito Mais Que Administrativo.** *In*: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: Transformações e Tendências.** Coimbra: Almedina, 2014.

_____. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: Variações e tendências.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Direito Penal da Negligência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOMILLO, Manuel Gómez. **Derecho Administrativo Sancionador: Parte general.** Navarra: Thompson, 2007.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade e Controle Principlológico.** 2ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

VAINER, Bruno Zilberman. **Aspectos Básicos da Segurança Jurídica.** *In* Revista de Direito Constitucional e Internacional. n.56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VALIM, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Políticas Públicas: Controle Judicial.** *In*: DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Válder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo – Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2013.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: Uma Introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Tradução da 5ª ed. Alemã. Porto Alegre: SAFE, 2008.

VILLEGAS, Hector B. **Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo**. in. **Revista de Direito Tributário**, nº 66, São Paulo: Malheiros.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade**. v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997.

_____. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos em América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Princípio da moralidade: algumas considerações**. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.