

MORALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O PROBLEMA DA APLICAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA¹

Geovane De Mori Peixoto²

1. INTRODUÇÃO

O problema central que é colocado neste artigo é o seguinte: como delimitar a aplicabilidade dos princípios no processo de interpretação do art. 11, da Lei nº 8.429/92³, e, assim, evitar a discricionariedade do Poder Judiciário? É, todavia, curial esclarecer que o objetivo não é apresentar uma resposta definitiva a questão, mas criticamente refletir sobre o tema, pois não seria em um artigo, devido a sua dimensão, possível cumprir essa tarefa.

A questão, voltando a ela, è: como caracterizar o ato de improbidade administrativa quando este decorre da violação de princípios? A “fuga” de critérios clássicos de “tipicidade estrita” não pode implicar na arbitrariedade, disfarçada de discricionariedade, no preenchimento dos espaços concedidos à interpretação jurídica.

O problema envolve necessariamente a discussão sobre a força normativa dos princípios, que é temática hoje intercorrente em pesquisas jurídicas brasileiras, como também em outros países, devido à intensificação do desenvolvimento das teorias neoconstitucionais⁴, principalmente no tocante à interpretação/aplicação⁵ desta espécie normativa, na busca daquilo que se tem denominado de: a força normativa dos princípios.

¹ Este artigo é fruto de trabalho desenvolvido no Centro de Pesquisas Jurídicas (CPJ), da UNIFACS, como consequência da pesquisa desenvolvida no grupo denominado: Grupo de Pesquisa Corrupção, Improbidade Administrativa e Direitos Fundamentais: Em busca da moralidade.

² Doutorando e Mestre em Direito Público pela UFBA, Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Professor de Direito Constitucional e Administrativo da UNIFACS e da Faculdade Baiana de Direito, Aprovado em 1º lugar no Concurso de Professor Assistente da UFBA (2015), Procurador do Tribunal de Justiça Desportiva (FBF/BA), Advogado e Consultor.

³ Lei nº 8.429/92 – 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: (...).

⁴ Com relação ao *neoconstitucionalismo*, cabe esclarecer que há necessidade de pensar em *neoconstitucionalismos*, pois não existe apenas uma matriz teórica *neoconstitucional*, são diversas as abordagens, consoante esclarece Miguel Carbonell, em obra coletiva (CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005).

⁵ A posição adotada neste artigo é que não existe divisão entre interpretação e aplicação do direito, vez que a intenção do intérprete “não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo de comportamento” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.256). Assim, “a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto

Nesta senda, torna-se problemática a interpretação/aplicação do art. 11, da lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), vez que o referido dispositivo estabelece como ato caracterizador de improbidade administrativa aquele que “atenta contra os princípios da administração pública”, considerando para tanto “qualquer ação ou omissão que viole os deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

Surge, então, a necessidade de “otimização” da interpretação principiológica para efetivação do dispositivo citado, sem, contudo, permitir que o exercício da discricionariedade interpretativa do Poder Judiciário, diante dos casos que demandem a caracterização da improbidade administrativa a partir do artigo indicado, se transforme em ato de arbitrariedade do intérprete.

Diante desse quadro é que se verifica o problema central apresentado.

Parte-se da premissa de que a Lei de Improbidade Administrativa é um instrumento eficaz e eficiente para o combate à corrupção na Administração Pública, e enquanto lei precisa ser aplicada, principalmente na efetivação do princípio da moralidade administrativa.

2. COMBATE À CORRUPÇÃO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tornou-se, no Brasil, lugar comum a concepção da existência de um “alto grau” de corrupção⁶ 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, devido ao volume de prejuízos (sociais e financeiros) gerados pela corrupção que se tem notícia diariamente no país, seja, principalmente, por intermédio da imprensa, ou por outros meios.

normativo, mas a constituição da norma, a partir do texto e dos fatos” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p.62). O direito, então, sempre é interpretado para aplicar a fatos da vida em sociedade, tornando impossível cindir interpretação de aplicação, como fez o positivismo jurídico, na reificação do modelo sujeito-objeto.

⁶ “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)

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.

Na realização de sua competência de 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 corrupção. 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”⁷.

“(…) 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.”⁸

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 social⁹, qual seja: a corrupção; fundada essencialmente em um fisiologismo patrimonialista e personalista¹⁰ onde a impunidade tem imperado, 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”¹¹.

Diante da falibilidade dos mecanismos de (auto)controle social para combater à corrupção, “não resta outra alternativa senão buscar a efetividade dos instrumentos de persecução e de repressão à corrupção”¹² juridicamente engendrados para essa finalidade.

⁷ BRAGA, Pedro. **Ética, Direito e Administração Pública**. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.93.

⁸ GARCIA e ALVES, ob. cit., p.70.

⁹ “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.

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 força.” (ROMERO, Abelardo. **Origem da Imoralidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Conquista, 1967, p.13). Vide também, HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção – Enfoque Sócio-Histórico-Jurídico-Penal**. Porto Alegre: SAFE, 1994.

¹⁰ Vide HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.153-166.

¹¹ GARCIA e ALVES, ob. cit., p.66.

¹² Idem. *Ibidem*, p.66.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §4º, prescreve a estipulação de uma lei para identificar atos que representem a caracterização do ilícito civil denominado de improbidade administrativa¹³. 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”¹⁴.

O afastamento entre as esferas civil e penal, corroborado pela edição da lei prescrita pela Constituição Federal, qual seja a Lei nº 8.429/92, foi uma tentativa de evoluir na persecução da impunidade 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 jurídico.

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 desincumbiu da tarefa de investigação e do combate à corrupção foi, não por acaso, outra instituição peculiar brasileira, o Ministério Público (...)”¹⁵

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 **novο** 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: a corrupção¹⁶.

Assim, salienta-se que o significado de improbidade administrativa possui uma íntima relação com o de corrupção. Para efeitos de estudos relacionados à Administração Pública, a expressão corrupção está ligada à ideia de enriquecimento ilícito e desvio de

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ GIACOMUZZI, ob. cit., p.293.

¹⁶ Idem. Ibidem, p.293.

poder, que constituem exatamente o objeto de combate da lei de improbidade administrativa.

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”¹⁷.

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.”¹⁸

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 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.

Resta justificado, assim, o processo que conduziu à sedimentação da Lei de Improbidade Administrativa como novel instituto para o combate à corrupção. Exsurge, após mais de vinte anos da sua edição, todavia, a premência de se estudar alguns dos problemas enfrentados para a concretização do objetivo central do referido diploma legal.

3. A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A questão que norteia este escrito, especificamente, diz respeito à concretização (aplicabilidade) do art. 11, da Lei nº 8.429/92, que embora esteja 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

¹⁷ GIACOMUZZI, ob. cit., p.293.

¹⁸ TOURINHO, ob. cit., p.147.

bases orgânicas do complexo administrativo”¹⁹, dá ensejo a um excessivo grau de subjetivismo na sua interpretação/aplicação.

Em função da maior “abstratividade” das normas principiológicas, ou da sua formulação por “conceitos jurídicos indeterminados”²⁰, é perceptível nos julgados, notadamente do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²¹, um excessivo grau de subjetivismo, descrito por muitos apenas como discricionariedade²², mas que em verdade significa arbitrariedade, colocando em xeque a segurança jurídica.

Está assim posta a questão, 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, em detrimento do subjetivismo e arbitrariedade do intérprete.

Insiste-se na necessidade de otimizar a concretização da violação de princípios da Administração Pública, 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.”²³

Assim, a questão a ser discutida neste tópico do artigo diz respeito à caracterização dos princípios, na busca pela concretização do art. 11, da lei nº 8.429/92.

¹⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p.260.

²⁰ “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.)

²¹ 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.

²² “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.)

²³ TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade e Controle Principiológico**. 2ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p.269.

Inicialmente, então, é curial consignar ser de natureza polissêmica a expressão “princípio”²⁴. Faz-se essencial, porém, estabelecer um conceito preliminar para iniciar o debate acerca do tema. Nesta senda, será utilizada a definição de 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.”²⁵

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 axiológico²⁶ e passam à categoria deontológica²⁷.

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”²⁸. 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 aberta²⁹, comparado (equivalente) com os conceitos jurídicos

²⁴ “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.

²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78/79.

²⁶ “(...) 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, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.145)

²⁷ “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)

²⁸ MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. Bauru/SP: EDUSC, 2005, p.71.

²⁹ “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.)

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 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*³⁰, 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”³¹.

Possível concluir que, pela finalidade a ser alcançada com as normas principiológicas, os “princípios são (...) razões para juízos concretos de dever-ser”³², motivo pelo qual os “princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem””³³.

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 “*antisubjetivista*”.

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?

³⁰ “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 principiológica, sendo que, na falta de um princípio aplicável, o próprio intérprete pode criá-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)

³¹ MONDIN, ob. cit., 2005, p.71/72.

³² ALEXY, op. cit., 2008, p.87.

³³ STRECK, ob. cit., 2009, p.166.

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, determinar coercitivamente a decisão, mas somente conter fundamentos, que falam a favor de uma ou de outra decisão, sugeri-la.”³⁴

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”³⁵, ou seja, a aplicação de princípios tende a solucionar as colisões por intermédio da verificação do “peso” dessas normas, diante de uma determinada situação concreta³⁶.

Para que esse “arranjo técnico” funcione, todavia, Alexy preconiza a necessidade de que se compatibilize com “um grau suficiente de discricionariedade”³⁷. O subjetivismo decisório, a arbitrariedade, portanto, é prevista pelo próprio Robert Alexy.³⁸

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:

“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

³⁴ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.141.

³⁵ “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)

³⁶ Idem. Ibidem, p.207.

³⁷ ALEXY, op. cit., 2008, p.599.

³⁸ “(...) 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)

uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim).”³⁹

Acontece que a superação do positivismo implica enfrentamento e superação do problema da discricionariedade judicial⁴⁰.

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 jurídica⁴¹.

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 prática 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.⁴²

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 tribunal, mas da “compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”⁴³.

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,

³⁹ Idem. Ibidem, p.316/317.

⁴⁰ “O caráter normativo dos princípios – que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas – não pode ser encarado como um alibi para a discricionariedade, pois, desse modo, estaríamos voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo.” (STRECK, op. cit., 2010, p.96)

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.36.

⁴² 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, p.71.

⁴³ Idem. Ibidem, p.64.

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.”⁴⁴

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”⁴⁵. Essa não é a posição predominante no Brasil hoje, todavia, merece aprofundamento e estudo, pois pode ser a solução para uma série de problemas, como, por exemplo, solucionar a aplicação imediata dos princípios na hipótese do dispositivo da Lei de Improbidade discutido até então.

É importante perceber, porém, que no caso do art. 11, da lei nº 8.429/1992, 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 da Administração Pública⁴⁶.

4. A DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Chega-se, assim, ao último ponto dessa discussão, acerca da proteção ao princípio da moralidade administrativa. Para iniciar a discussão apresentar-se-á uma definição simples de moral, que sustenta o seguinte:

⁴⁴ CARNEIRO, ob. cit., 2010, p.267.

⁴⁵ RAZ, Joseph *apud* NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.68, nota de rodapé nº 92.

⁴⁶ 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, op. cit., p. 112). Lembrando ainda que não se pode confundir TEXTO com NORMA, a norma será produzida a partir do texto, é nesse sentido a defesa,

“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).”⁴⁷

Constitui um conjunto de valores direcionados 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 como rigos, numa ordenação a mais possível lúcida de categorias e modelos normativos (...).”⁴⁸

Acontece que, com a redação do *caput*, do art. 37, da Constituição Federal/88, a moralidade foi incorporada normativamente pela Carta Política. Historicamente a ideia de moralidade administrativa antecedia o próprio corpo de leis do Estado⁴⁹, 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 preceitos morais juridicizados, e como juridicizados, como os da lealdade, da boa-fé, da veracidade e outros mais”⁵⁰.

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

⁴⁷ BOFF, Leonardo. **Ética e Moral: a busca de fundamentos**. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2003, p.37.

⁴⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.709/710.

⁴⁹ Vide CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2010, p.147.

⁵⁰ 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.

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.”⁵¹

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.⁵²

A terceira função é a razão deste escrito. Assume papel interessante, pois objetiva proteger o princípio da moralidade, a Lei de Improbidade Administrativa, e com o seu art. 11 “promove um autêntico retorno ao material de que se origina”⁵³. 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 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.”⁵⁴

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), proibidade administrativa (deveres de

⁵¹ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.87.

⁵² BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.129 e segs.

⁵³ Idem. Ibidem, p.135.

⁵⁴ BARBOZA, op. cit., p. 135.

honestidade e lealdade) e razoabilidade (expectativa de conduta *civiliter*, do homem comum, da parte do agente político).”⁵⁵

Um dos desafios para potencializar essa defesa da moralidade administrativa, por intermédio da Lei de Improbidade Administrativa, porém, depende um maior aprofundamento de temas como a teoria dos princípios, controle e delimitação da discricionariedade administrativa, além de conferir e “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.”⁵⁶

5. À GUIA DE CONCLUSÃO

Diante dos argumentos apresentados neste artigo, apenas para apresentar uma síntese, uma vez que o texto não se propôs a apresentar fórmulas mágicas para solução de grave, intenso e atual problema: o combate à corrupção e a preservação da moralidade administrativa; conclui-se pela necessidade de fortalecimento teórico, mediante sérias pesquisas acadêmicas e consequente avanço da jurisprudência na definição de um modelo hermenêutico (preferencialmente fenomenológico) capaz de proporcionar a caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação principiológica.

O objetivo ressalte-se, mais uma vez, foi provocar a reflexão do leitor, por intermédio de uma metodologia exploratória que levantou os principais pontos acerca do problema, mas permitindo futuras discussões, ou seja, sem a pretensão de esgotamento.

Uma questão, porém, é certa: não há como otimizar a concretização do art. 11, da Lei nº 8.429/92 sem a construção de um referencial teórica capaz de conferir força normativa aos princípios, pois somente diante dessa solução será possível aplicar o dispositivo legal em sua máxima plenitude, enquanto prevalecer a concepção de que somente regras são aplicáveis diretamente, essa tarefa de efetivação do princípio da moralidade administrativa não estará concluída.

⁵⁵ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p.120.

⁵⁶ GIACOMUZZI, op. cit., p.313.