Improbidade administrativa: uma leitura do art. 11 Da lei 8.429/92 À luz do princípio da segurança jurídica

Edilson Pereira Nobre Júnior
Professor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, instituição na qual cursou mestrado e doutorado em direito público. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte.

Sumário: O presente texto se destina a examinar a definição de improbidade do art. 11 da Lei 8.429/92 diante da necessidade de sua harmonização com o princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: improbidade administrativa – princípios – segurança jurídica

Não se é possível desconhecer que o Estado brasileiro, sob o ponto de vista de suas instituições administrativas, notabiliza-se, ainda, pela versão patrimonialista, a qual continua, mesmo diante de algumas tentativas para o despertar de uma administração gerencial, fortemente arraigada na cultura tanto das elites quanto das classes menos favorecidas. Isso favorece práticas contrárias à boa administração, evidenciando má-fé daquele a quem cabe gerir e concretizar o interesse público.[1]

Com o propósito de coibir algumas práticas que destoam da normalidade administrativa, veio a lume, ao depois do êxito porventura não obtido com a ação popular, a Lei 8.429/92, tipificando uma série de atos a que denominou como configuradores de improbidade administrativa, tripartindo-os entre os que ensejam enriquecimento ilícito, os que produzem dano ao erário e, finalmente, os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

---

1 Nunca é demasiado reviver a lição de Ruy Cirne Lima (Princípios de direito administrativo. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 20-21), ao frisar que administração, seja nos confins do direito privado ou do direito público, designa atividade de quem não é dono, ostentando como traço característico a sua vinculação a um fim alheio à pessoa do agente ou órgão que a exercita. Especificadamente quanto à administração pública, interessante transcrever a seguinte passagem: "O fim – e não a vontade – domina tôdas as formas de administração. 4. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito" (loc. cit., p. 22).

O rol de tais categorias se encontra enumerado nos vários incisos dos arts. 9º, 10 e 11, do diploma acima mencionado.

Nossa abordagem se volta justamente ao último dos dispositivos referidos, em cujo enunciado se tem, no seu caput, a menção de que caracteriza "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", para, logo depois, com o auxílio do advérbio "notadamente", listar, detalhadamente, outras condutas como tais.

Preocupa-me – e bastante – a maneira como alcançará aplicação o preceito em exame. Isso porque o objetivo de coibir, com o recurso ao jus puniendi estatal, práticas lesivas ao interesse coletivo não justifica o desapego a garantias que, historicamente, incorporou o Estado de Direito nas suas diversas fases. Em segundo lugar, a incidência de tal norma desprovida de ajustes objetivos poderá conduzir a um resultado contrário à dinâmica que deve pautar a função administrativa, retirando do administrador qualquer laivo de criatividade, o que, decerto e jamais, foi o objetivo pretendido pela Lei 8.429/92.

Dentro da primeira ordem de razões, reforça a preocupação a circunstância – inegável, por sinal – de que a apuração de atos de improbidade administrativa, mesmo não guardando identidade com a apuração judicial de delitos ou crimes, alberga conteúdo nitidamente punitivo[2], motivado pela violação da ordem jurídica administrativa.

Daí, então, o receio com o maltrato ao princípio da segurança jurídica, o qual caminha junto com o da legalidade, podendo-se afirmar que o segundo se afigura como uma exigência do primeiro. É que toda e qualquer punição a ser infligida pelo Estado a quem se encontra sob sua ordem jurídica, qualquer que seja a modalidade na qual é classificada, haverá de satisfazer o princípio da legalidade. Esse, por sua vez, não se satisfaz pela existência de autorização em lei ou veículo normativo com força de lei.

A legalidade – como sói acontece com os elementos estruturais de um sistema jurídico – não se perfaz sozinha, mas num concerto harmônico com

---

2 Conferir, nesse sentido, considerações que constaram dos pronunciamentos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau por ocasião do julgamento da ADI 2.797 – 2 – DF (Pleno, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19-12-2006, p. 37).

outros valores, dentre os quais ressai inelutavelmente a segurança jurídica.

Essa inquietação, qual seja a de conformar legalidade e segurança jurídica, tornou a frequentar o campo do direito público material, tendo em vista a inflação legislativa que se verifica nos dias atuais, e tem por objetivo evitar que, mais uma vez, a lei deixe de ser uma garantia para se transmudar em opressão, conforme sucedeu no período compreendido entre as duas conflagrações mundiais.

Bem observou o fenômeno García de Enterría[3], ao visualizar a segunda grande crise da lei, e certamente a mais grave, com a multiplicação irreprimível de novas leis – em sua grande parte, leis ônibus —, acompanhadas de um desenvolvimento, também enorme, de normas regulamentares, de maneira que, em assim atuando, a competência normativa não responde a uma necessidade objetiva e cuidadosamente avaliada, mas sim para atender a impulsos imediatos dos serviços burocráticos. A produção massiva de normas jurídicas compromete seriamente os valores centrais da ordem jurídica, entre os quais a justiça e a segurança jurídica. Diante disso, conclui para uma chamada de atenção para a primazia dos princípios gerais do direito, os quais configuram um condensado da Justiça e atuam como reguladores de todas e cada uma das instituições positivas de um ordenamento.[4]

Esse aspecto não passou despercebido a Manoel Gonçalves Ferreira Filho[5], ao notar o fenômeno da multiplicação das leis, a conduzir, inelutavelmente, à instabilidade do direito positivo e ao desprestígio de dito veículo. Com isso, verifica-se o desaparecimento da segurança, uma vez abalada a certeza do Direito.

---

3 *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leys desbocadas*. Madri: Civitas, 2000, p. 47 a 105. O autor explica o que se deve considerar por lei ônibus, a qual é a que, em seu texto, dispõe sobre uma variedade de matérias.

4 Essa preocupação do doutrinador espanhol não é nova. Foi exposta há aproximadamente quatro décadas antes em trabalho dirigido ao exame do controle da competência regulamentar (La interdiccion de la arbitrariedade en la potestad reglamentaria. Revista de Administración pública, nº 30, p. p. 160 e 166, setembro/dezembro de 1959), no qual condenou a legislação massificada, ultimando por propugnar pela primazia do império do direito sobre a lei, de maneira a ser imposto ao mortífero e penetrante poder de fazer normas o respeito aos valores materiais do sistema jurídico, o que entende configurar, possivelmente, a mais alta das missões que cabe a um jurista.

5 Estado de direito e constituição. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49-50.

Desse modo, não deve passar despercebido que a exigência de respeito à segurança jurídica, como forma de mais satisfatoriamente conduzir à aplicação das leis em compasso com as exigências da justiça material, reclama alguns cuidados quanto ao conteúdo da norma.

Por isso, a conexão entre a segurança jurídica e o teor das normas legais encontra sólido tratamento na doutrina. Dentre vários autores, realce é de ser conferido a José Luis Palma Fernandéz[6], ao examinar, descritivamente, as características que uma norma jurídica há de possuir, por imposição da segurança jurídica, e enuncia as seguintes: a) certeza da sua vigência; b) clareza do texto da norma; c) capacidade reguladora autossuficiente em seu âmbito; d) ausência de motivações pedagógicas; e) consequência de um depurado processo de elaboração.

Aqui, nos interessa duas das qualidades acima descritas. A primeira delas é a clareza de seu conteúdo, a fim de que possa ser compreensível para os sujeitos de direito. Assim, a clareza, no dizer do autor, "obriga à identificação nítida dos destinatários da norma, a aproximação à sua realidade e a implantação de mandatos, proibições e autorizações dentro de uma linguagem simples e compreensível, o que não tem por que ser, em absoluto, sinônimo de vulgaridade ou ausência de técnica".[7]

A segunda, a qual robustece a já enunciada, é a capacidade de disciplinar o seu objeto de forma autossuficiente. Portanto, a norma deve ser completa em sua formulação, bem como se projetar precisa e exata sobre o campo de atividade ao qual se reporta, definindo-lhe com rigor.

Outra observação é encontradiça em Canotilho[8], ao anotar que o princípio da segurança jurídica se volta para uma necessidade de conformação formal e material dos atos legislativos, com vistas a associá-los à moderna teoria da legislação, a qual visa racionalizar e otimizar as normas escritas.

---

6 La seguridad jurídica ante la abundancia de normas. Madri: Centro de Estúdios Políticos e Constitucionales, 1997, p. 44-54

7 "Obliga a la identificación nítida de los destinatarios de la norma, el acercamiento a su realidad y la implantación de mandatos, prohibiciones y autorizaciones dentro de un lenguage sencillo y comprensible, o que no tiene por qué ser en absoluto sinónimo de vulgaridad o ausencia de técnica" (loc. cit., p. 47).

8 Direito constitucional. 5ª ed. 2ª Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 375-384.

Por isso, deve a segurança jurídica demandar observância, entre outros, ao princípio da determinabilidade das leis, exigindo a elaboração de leis claras e densas.

Entre nós, Rafael Valim[9] deixa claro que, devendo inicialmente a segurança jurídica ser investigada sob a perspectiva da certeza jurídica, não se pode prescindir do exame da carga semântica das normas cuja observância é imposta a terceiros.

Daí resulta atentar, inicialmente, para o aspecto da densidade, a impor ao legislador, ao dirigir-se ao administrador, conferir competências de modo expresso e específico, ao invés de fazê-lo de forma excessivamente ampla.

De outro lado, há o imperativo da clareza, de sorte que as leis habilitadoras de competências devem ser claras, inteligíveis e coerentes.

A preocupação em comento não escapou à jurisprudência. Tal se manifestou mediante a *Sentencia* 27, de 20 de julho de 1981, do Tribunal Constitucional espanhol[10], a qual resultou de recurso de inconstitucionalidade promovido por um grupo de 54 deputados, voltado à impugnação de preceitos da Lei do Orçamento Geral do Estado para o ano de 1981. Um dos questionamentos se dirigia à disposição adicional quinta da mencionada lei, justamente em virtude da suposta violação à segurança jurídica.

No que nos interessa de perto, o voto-condutor, após sustentar que os valores e princípios enunciados pelo art. 9.3 da Constituição de 1978 não devem ser encarados como compartimentos estanques, mas que, contrariamente, cada um deles possui seu valor em função dos demais, assentou que a segurança jurídica é a soma de certeza e legalidade, hierarquia e publicidade normativa, irretroatividade do não favorável e interdição da arbitrariedade, salientando que tais princípios se prestam, aplicados equilibradamente, para promover a justiça e a igualdade. No caso sob julgamento, compreendeu que a disposição adicional quinta, por ser uma norma certa e precisa, não portaria inconstitucionalidade.

Realce merece pronunciamento do Conselho Constitucional da França

---

9 O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99-103.

10 O inteiro teor da decisão referida se acha disponível em: http://hj.tribunalconstitucional.es.

(DC 99-441, de 16 de dezembro de 1999)[11], ao revelar que a segurança jurídica, em sendo uma das finalidades do direito, há de possuir valor constitucional implícito, à medida que ela protege do arbítrio e garante aos destinatários das normas elementos de certeza. Concluiu-se, na oportunidade, pela inconstitucionalidade de proposta de lei que autorizava o Governo, nos termos do art. 38 da Constituição de 1958, a modificar o texto de alguns códigos. Considerou-se, desse modo, que, para atender à segurança jurídica, é indispensável que os cidadãos possam determinar o conteúdo da lei aplicável sem esforços insuperáveis. Portanto, as leis promulgadas devem ser claras e inteligíveis.

Estando a segurança jurídica associada à legalidade, tem-se como elevado o papel que, na delimitação do seu conteúdo, evoca a certeza do direito, fazendo-se imprescindível – para que a legislação possa ser não somente conhecida, mas, igualmente, assimilada pelos cidadãos – que seja elaborada com clareza e precisão. Com isso, supera-se a mera legitimidade formal, assegurando-se que a vontade do Estado seja produto duma normatividade devidamente formulada e não resultante da vontade arbitrária dos homens.

O Estado Constitucional – o qual pressupõe o respeito a determinados valores – na condição de produto duma elaboração que se inicia com os albores do movimento constitucionalista nos séculos XVI e XVII, mas que se projeta, com aperfeiçoamento, até os dias atuais, não pode desprezar a ideia de garantia de direitos como forma de limitação do poder, na qual entra a legalidade.

O anseio de legalidade surgiu como um reclamo contra a arbitrariedade com a qual se revestia o direito penal do Antigo Regime, para o fim de que se delimitassem, com precisão, as situações nas quais fosse autorizado ao Estado exercitar a sua competência de punir.[12]

---

11 Referência explicativa a esse julgado consta de Carole Nivard (*L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique. Droit administratif: Les revues JurisClasseur*, nº 2, ano 49, p.7, fevereiro de 2010)

12 Colhe-se de Merkl, em livro escrito em 1927 (*Teoría general del derecho administrativo*. Editorial Comares: Granada, 2007, p. 350), que a diferença básica entre a Justiça penal do Estado de Direito e a do Estado de Polícia é obtida pelo princípio do *nullum crimen e da nulla pena sine lege*, porquanto, no primeiro, prevalecia a construção, nos casos particulares, pelo então detentor do poder político – o soberano, ou seus delegados – do que devia ser reputado um delito.

Assim se impunha porque a definição das condutas puníveis se situava ao talante daquele que exercia o poder, seja por delegação do monarca, seja da nobreza. Vigorava, desse modo, clima de insegurança total sobre o que se deveria ou não considerar infração penal.

À luz desse quadro, é que Beccaria[13] susteve que, para o fim de evitar o despotismo, apenas as leis podem indicar as penas de cada delito, bem assim de que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão do legislador, o qual representa a sociedade.

Por essa razão, aduz o autor que o magistrado, na condição de integrante da sociedade, não poderia aplicar a um partícipe desta uma pena que não esteja estabelecida em lei, porquanto, à medida que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aplica um castigo que não se encontra prefixado. Assim, somente o soberano – posteriormente às revoluções liberais, o legislador parlamentar –, na qualidade de representante da coletividade, pode fazer leis gerais, às quais todos devem obediência.

Também crítico mordaz do direito penal praticado na Europa do Antigo Regime, Voltaire[14] noticiou que, mesmo a França não possuindo lei expressa contra o incesto, alguns tribunais, baseados unicamente em sua autoridade, puniram-no com a pena de morte. Por isso, realça a superioridade da ciência jurídica inglesa, a qual puniria qualquer juiz que viesse a infligir uma pena não prevista em lei. Remata, de forma semelhante, expondo, na mesma página, incumbir "à sabedoria dos governantes ditar as leis, tornar proporcional cada pena a cada delito e refrear réus e juízes".

Daí que, ainda às voltas com o direito penal, não se pode deixar de assentar que ostenta a legalidade, na sua essência, não somente a exigência de que, para incriminar-se, haja lei anterior definindo um fato como crime, mas, como bem adverte Celso Delmanto[15], afigura-se indispensável a taxatividade, ou seja, que as leis que definam crimes sejam precisas, delimitando

---

13 Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus Editora, 1983, p. 15-16. Versão para o português por Torrieri Guimarães.

14 O preço da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 70. Tradução de Ivone Castilho Benedetti.

15 Código Penal comentado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4.

exatamente a conduta que objetivam punir, não podendo, assim, ser aceitas leis vagas ou imprecisas.

Tanto é assim que Everardo da Cunha Luna, a propósito da conservação do princípio da legalidade, alertou:

> "O maior perigo atual, porém, para o dogma da reserva legal, não é o sociologismo, inimigo declarado da lei; também não é a analogia, nem a sentença normativa, que pretendem partilhar, com a lei, aquilo que legitimamente só à lei pertence. 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, para os quais o direito consuetudinário não tem força restritiva. Aqui, o dogma da reserva legal é aparentemente mantido, porque a lei, em vez de falar, concede a palavra para quem dela quiser, ou melhor, puder fazer uso".[16]

Colhe-se, num volver de olhos à jurisprudência estrangeira, precedente elucidativo na STC 194/2000[17], emanado do Tribunal Constitucional hispânico, onde se compreendeu, a partir do princípio da legalidade, consagrado pelo art. 25 da Constituição de 1978, que a Disposição adicional quarta da Ley 08, de 13 de abril de 1989, relativa à disciplina de taxas e preços públicos, portaria incompatibilidade vertical. Para tanto, foi relevante o raciocínio consoante o qual se acha o legislador obrigado, quando do delinear dos contornos dos tipos penais, a levar a cabo uma descrição das condutas constitutivas do delito que cumpra as exigências do princípio da segurança jurídica.

Tal exigência, conforme se extrai da fundamentação do voto do relator, Don Carles Viver Pisunyer, somente é satisfeita quando há possibilidade de se predizer, com grau suficiente de certeza, as condutas que constituem in-

---

16 Capítulos de Direito Penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 33.

17 A íntegra do julgado pode ser objeto de consulta no endereço eletrônico: http://hj.tribunalconstitucional.es.

fração e o tipo e grau das correspondentes sanções.[18]

Segue-se, então, a necessidade imperiosa de preservar-se, mediante o legislador, a segurança jurídica, a qual se faz presente, na atualidade, igualmente com relação à definição do que deva ser considerado como ato de improbidade administrativa.

Um aspecto que evoca atenção para esse fim – não é exagero relembrar – é a incontestável natureza punitiva dos efeitos que a improbidade é capaz de acarretar para o agente público ou terceiro, bem como a singularidade de que, a exemplo do sucedido com o direito criminal, aqueles são aplicados pelo Judiciário – e não pela Administração – o qual lhes dota da condição de definitivos e não de meramente executórios[19]. Isso contribui, com maior razão, para tornar imperativa a observância do princípio da legalidade, o qual – vale frisar – não se esgota na descrição de uma conduta em lei, mas, acima de tudo, que a lei, de forma precisa, objetive qual o fato a ser punido.

Não é por outro motivo que galvaniza atenção, dentro do arcabouço típico dos atos de improbidade, o art. 11, caput, da Lei 8.429/92, ao principiar considerando violador dos princípios da Administração Pública qualquer ato ou omissão que afronte os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Pelo texto legal, reforçado com o emprego do pronome indefinido qualquer, tem-se que toda decisão administrativa que atentasse contra um dispositivo de lei – ou mesmo de natureza regulamentar – poderia ser, necessariamente, ímproba. A denegação de um direito subjetivo, como um benefício previdenciário, a menor incapaz ou idoso, qualificar-se-ia, em tese, como ato de improbidade. Do mesmo modo, o lançamento tributário indevido, ou a denegação de uma vantagem funcional.

---

18 Em recente escrito (Seguridad jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 55, p. 14), Fernando Sainz Moreno deixa evidente, a partir do julgamento alvo de referência, que no âmbito sancionador – expressão que, obviamente, pode -se ver como endereçada às esferas criminal e administrativa – a segurança jurídica requer uma clareza e precisão da norma definidora das condutas e das sanções.

19 De fato, a apuração de improbidade administrativa visa, indiscutivelmente, sancionar comportamento contrário ao sistema jurídico administrativo, mas com uma peculiaridade que a faz se distanciar da simples competência disciplinar, consistente na sua verificação pelo Judiciário e não pela Administração. A decisão, portanto, faz coisa julgada, a evidenciar que a natureza punitiva de que se reveste a ação de improbidade administrativa possui maior gravidade do que a advinda do procedimento administrativo disciplinar, tendo em vista que as conclusões deste estão sujeitas à revisão judicial.

Poder-se-ia objetar, para o escopo de se evitar exageros, que, no que concerne ao princípio da legalidade, somente seriam ímprobas as condutas que fossem apontadas como um grave atentado à legalidade. Penso que não é a melhor solução, uma vez que a definição da matéria estaria, afinal, submetida ao juízo, excessivamente subjetivo, do aplicador do direito, magistrado ou não, ao qual seria conferido, no exercício de sua competência, um verdadeiro "cheque em branco".

Da mesma forma – e com maior perigo – seria definir o que deverá consistir em violação à honestidade, à imparcialidade e à lealdade às instituições, pois aqui nos encontramos no plano dos conceitos indeterminados e, por isso, insuscetíveis de figurarem como integrantes de um tipo punitivo, pena de risco à segurança jurídica.

Tais noções, em função do seu caráter plurissignificativo, não se submetem, para fins de sua caracterização, a uma delimitação objetiva prédefinida, conforme se espera do tipo de uma conduta de cujo enquadramento habilita o Estado a exercitar sua competência punitiva.

À guisa de exemplo, para um seguidor de determinada religião, o fato de um servidor público, durante o intervalo para refeição, fazer o acompanhamento desta mediante uma ou, no máximo, duas taças de vinho tinto, poderá representar um ato que atente contra a lealdade institucional, enquanto para um agnóstico tal poderá configurar um ato aprazível, capaz de gerar felicidade, e, portanto, motivador para um labor mais operante.

A admissão generalizada, e desprovida de parâmetros precisos, de atos de improbidade, aliada a um denuncismo exacerbado, poderá conduzir – ou melhor, conduzirá – à implantação do reino da improbidade, em que a grande maioria das condutas dos administradores (e aqui me refiro aos probos) seria sancionada por pelo color de sua reprovabilidade, inibindo a dinâmica que deve pautar a função administrativa. Nem tanto ao mar nem tanto à terra.

Não é demasiado salientar que esse entendimento se impõe em decorrência da circunstância revelada seja pela doutrina tradicional seja pela mais recente [20]

---

20 Nesse diapasão, Merkl (Teoría general del derecho administrativo. Editorial Comares: Granada, 2007, p. 348) deixou claro que a diferença conceitual entre o direito penal administrativo e o direito penal criminal reside unicamente na competência do segmento estatal incumbido de aplicar as correspondentes sanções, quais sejam o Judiciário ou a Administração. Recentemente, essa percepção advém de José María Quirós Lobo (Principios de derecho sancionador. Editorial Comares: Granada, 1996, p. 25-28), a partir do exame da jurisprudência do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional espanhol.

de que o direito de punir, confiado pela ordem jurídica ao Estado, além de uno, não abrange somente as ações reputadas como crimes ou delitos. Engloba, indiscutivelmente, as infrações ao segmento normativo que disciplina o liame entre a Administração e os administrados.

Disso decorre, inelutavelmente, que, a exemplo do direito criminal, no âmbito do direito administrativo é irrecusável a aplicação do princípio da legalidade. E tal se opera em toda a sua essência.

Esse ponto foi objeto de reconhecimento legislativo. Bem o explicita é a Ley 30, de 27 de novembro de 1992, a qual, em dispondo sobre o Regimento Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, limita a competência sancionadora da Administração hispânica não somente ao princípio da legalidade, mas com o acréscimo do adorno do princípio da tipicidade. A exposição de motivos de tal diploma legal foi enfática ao justificar tal tutela[21].

Atento a tal reclamo, Rafael Valim[22] mostra que, em matéria de sanções

---

21 Isso é possível observar do item XIV da mencionada exposição de motivos: "O título IX regula os princípios básicos a que deve se submeter o exercício da competência sancionadora da Administração e os correspondentes direitos que de tais princípios se derivam para os cidadãos, extraídos do texto constitucional e da já consolidada jurisprudência sobre a matéria. Efetivamente, a Constituição, em seu artigo 25, trata conjuntamente os ilícitos penais e administrativos, evidenciando a vontade de que ambos se sujeitem a princípios de básica identidade, especialmente quando o campo de atuação do direito administrativo sancionador foi recolhendo tipos de injusto procedentes do campo penal, não subsistentes no mesmo por força do princípio de mínima intervenção. Entre tais princípios destaca o da legalidade ou <<ratio democrático>> em virtude do qual é o poder legislativo o que deve fixar os limites da atividade sancionadora da Administração, e o da tipicidade, manifestação neste âmbito daquele da segurança jurídica, junto aos de presunção de inocência, informação, defesa, responsabilidade, proporcionalidade, interdição da analogia, etc". (El título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención. Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etc. Disponível em noticias.jurídicas.com/base_datos/Admin/130-1992.html. Acesso em: 19-06-2013).

22 O princípio da segurança jurídica nodireito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.

administrativas, a densidade das normas legais assume importância transcendente, por força do princípio da tipicidade, impondo-se a delimitação suficientemente objetiva da infração e da sanção a ela correspondente. Do contrário, haverá a subtração do cidadão tanto da possibilidade de evitar a reprimenda quanto da de controlar a atividade administrativa punitiva.

Não quero com a argumentação ora desenvolvida sustentar a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei 8.429/92. Absolutamente. Sou apenas de que esse dispositivo necessita de um ajuste interpretativo, a partir de seu cotejo com os valores superiores do sistema jurídico, entre os quais a legalidade e a segurança jurídica.

No meu sentir, em versando a matéria discutida sobre a improbidade desafiadora dos princípios da Administração Pública, a definição típica do ato punível não pode se exaurir unicamente no caput do preceito legal, pois, do contrário, geraria situações de forte incompatibilidade com a segurança jurídica e a legalidade.

Portanto, a tipificação nesses casos não dispensa a integração com alguma das situações descritas nos incisos I a VII do art. 11 da Lei 8.429/92[23], as quais, sem sombra de dúvida, configuram maltrato aos deveres os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.[24]

A conclusão se vê reforçada quando se constata que o direito brasileiro acolhe, em várias referências na Norma Ápice, tanto o princípio da legalidade (art. 5º, II, e art. 37, caput) quanto o inerente à segurança jurídica (Preâmbulo, art. 5º, caput, XXXVI e XL, e art. 150, III, alíneas a a c).

Ademais, esse conteúdo mínimo do princípio da legalidade, a implicar a sua compulsória harmonização com a segurança jurídica, é inarredável

---

23 Interessante a transcrição apenas de tais incisos do art. 11 da Lei 8.429, a saber: "I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço".

24 Esse pensar foi sufragado em alguns julgados (TRF-5ª Reg., 4ª Turma, v.u., AC 528187 – SE, rel. Des. Fed. Edilson Nobre, DJe de 08-11-2012; TRF – 5ª Reg., 4ª Turma, v.u., AC 484128 – PB, rel. Des. Fed. Edilson Nobre, DJe de 31-10-2012).

quando se tem que os direitos fundamentais, no Estado Constitucional, não podem ser encarados sem a reminiscência das circunstâncias históricas que os motivaram, o que é justificável porque os fatos de hoje apresentam, na sua essência, as mesmas notas características daqueles de outrora, embora manifestados sob um rótulo diverso.

Outra não poderia ser a solução a ser seguida, pois assim o impõe o passado que fez originar consagração da legalidade e da segurança jurídica no campo punitivo. Não se pode desprezar Gustavo Zagrebelsky[25], ao suster que, numa constituição baseada em princípios – como é o caso da promulgada em 05 de outubro de 1988 –, a interpretação haverá de ser um ato que relacione um passado constitucional, assumido como um valor, com um futuro que se nos oferece como problema para resolver. As constituições da atualidade – diz o mestre peninsular – projetam o futuro tendo firme o passado, isto é, o patrimônio de experiência histórico-constitucional que pretende salvaguardar e fortalecer.

Não se desconhece, com o ponto de vista aqui exposto, a necessidade de reprimir posturas que destoam do padrão de conduta esperado pela sociedade dos agentes públicos. Contudo, tal anelo longe está de respaldar a atuação do direito de punir do Estado fora dos direitos e garantias fundamentais. E, nesse ponto, segue-se que a missão do aplicador da lei está em assegurar que a incidência desta seja realizada em harmonia com os valores basilares do ordenamento jurídico.

Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus Editora, 1983. Versão para o português por Torrieri Guimarães.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed. 2ª Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

DELMANTO, Celso. Código Penal comentado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia y seguridad jurídica en un mundo

25 Historia y constitución. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 90-91.

de leys desbocadas. Madri: Civitas, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García. La interdiccion de la arbitrariedade en la potestad reglamentaria. Revista de Administración pública, nº 30, setembro/dezembro de 1959.

FERNANDÉZ, José Luis Palma. La seguridad jurídica ante la abundancia de normas. Madri: Centro de Estúdios Políticos e Constitucionales, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e constituição. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOBO, José María Quirós. Principios de derecho sancionador. Editorial Comares: Granada, 1996.

LUNA, Everardo da Cunha. Capítulos de direito penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985.

MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. Editorial Comares: Granada, 2007.

MORENO, Fernando Sainz. Seguridad jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 55.

NIVAR, Carole. L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique. Droit administratif: Les revues JurisClasseur, nº 2, ano 49, fevereiro de 2010.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.

VOLTAIRE. O preço da justiça. São Paulo; Martins Fontes, 2006. Tradução de Ivone Castilho Benedetti.

ZAGREBELSKI, Gustavo. Historia y constitución. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.