



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - PROSGRAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR**

ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA:
VALOR CONSTITUCIONAL DA PROIBIDADE, CONTORNOS NORMATIVOS E
REPERCUSSÕES JURÍDICO-LEGAIS**

SÃO CRISTÓVÃO/SE
FEVEREIRO/2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - PROSGRAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR**

ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA:
VALOR CONSTITUCIONAL DA PROIBIDADE, CONTORNOS NORMATIVOS E
REPERCUSSÕES JURÍDICO-LEGAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Flávia Moreira Guimarães Pessoa.

SÃO CRISTÓVÃO/SE
FEVEREIRO/2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - PROSGRAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA:
VALOR CONSTITUCIONAL DA PROIBIDADE, CONTORNOS NORMATIVOS E
REPERCUSSÕES JURÍDICO-LEGAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS),
como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca examinadora: _____
Prof.^ª. Dr.^ª. Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Prof.^ª. Dr.^ª. Clara Angélica Gonçalves Dias

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

SÃO CRISTÓVÃO/SE
FEVEREIRO/2014

Eu dedico este trabalho à minha esposa, Polliana, e aos meus filhos, Maria Julia e Rafael, pois tudo o que eu tenho de bom em mim eu reservo para vocês e toda a minha vida é preenchida pelo imenso amor que eu lhes tenho.

AGRADECIMENTOS

Não tenho como deixar de agradecer a algumas pessoas que direta ou indiretamente participaram e participam de minha vida, estimulando-me a alcançar o maior dos meus objetivos, que é me tornar uma pessoa melhor.

Aos meus pais, Itamar e Julia (Juju), por todo o amor que nos une e por terem escolhido para os seus filhos o caminho pavimentado à base de educação, mérito e esforço pessoal. Nada acontece por acaso e o meu êxito é de vocês também.

Aos meus sogros, Sebastião e Maria Aparecida (Cida), por terem me dado de presente uma outra família, que amo de forma honesta e feliz, e por serem autores (pais) da pintura mais magistral que conheço: Polliana.

Aos meus tios Alberto e Vânia, que sempre me trataram como um filho e sempre acreditaram em mim, mesmo quando eu era um simples estudante apenas cheio de sonhos.

À minha tia Darchy, este presente que Deus me deu, e que me oferece lições de vida há muitos anos.

À minha tia Renée e ao meu primo Isaac, por serem referenciais para mim de pessoas comprometidas com a educação e com o aprimoramento intelectual.

Aos meus irmãos Marcos e Maurício, por quem tenho grande amor e admiração, e por serem os profissionais que um dia sonho ser.

Aos meus sobrinhos Lorena, Rafaela, Emanuel, Marcos Vinícius e Raíza, que dão ainda mais significado à minha vida e por quem também tenho grande amor.

À minha cunhada Manuela, pelas risadas, pela companhia e pelas palavras de incentivo.

Em especial, à minha esposa Polliana e aos meus filhos Maria Julia e Rafael, a quem dedico todos os meus sonhos, todo o meu amor e toda a minha vida. Eu sonho e vivo pensando em vocês, imerso em um amor que desafia a minha própria compreensão.

A todos os professores, servidores e colegas do mestrado em Direito da UFS, por dividirem comigo as angústias naturais de quem procura aprender.

Aos professores doutores Henrique Ribeiro Cardoso, Clara Angélica Gonçalves Dias e Dirley da Cunha Júnior, membros de minhas bancas de qualificação e defesa de dissertação, pela simplicidade e generosidade que só os grandes têm, e por toda a sabedoria que foi dividida comigo. Este trabalho tem muito de vocês.

À professora doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa, minha orientadora, por toda a dedicação, paciência e sabedoria transmitidas a mim, na confecção deste sonho. Iniciei os estudos com uma professora e terminei com um exemplo.

A todos os amigos e parentes que acreditaram em mim, mesmo quando eu não dei motivos.

A Deus, por me abençoar e me colocar no caminho da honestidade, em todos os seus sentidos.

“Meu coração não se cansa de ter esperança de um dia ser tudo o que quer.” (Caetano Veloso)

“Não somos pavões da opulência nem gênios de ocasião.” (Jorge Amado)

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de demonstrar que a probidade administrativa é um direito fundamental e que disto se originam inúmeras e importantes repercussões jurídico-legais. Assim, demonstrar-se-á que a probidade é um direito formalmente fundamental (fundamentalidade formal) considerando a sua previsão expressa no título II da Constituição Federal. Além disto, é direito materialmente constitucional (fundamentalidade material), tendo em vista a sua vinculação direta e efetiva com a dignidade humana. Não bastasse, a probidade administrativa é também direito fundamental vez que decorre do regime e de princípios constitucionais e tratados internacionais de que faz parte o Brasil, com base na cláusula de abertura do art. 5º, § 2º da Constituição Federal. Além do mais, é limitador do poder estatal e se vincula à própria existência do mínimo existencial. Foi necessário, contudo, revisitar a ascensão pós-positivista e a formatação da teoria dos direitos fundamentais. A partir daí, o presente estudo se ocupou em esmiuçar a teoria geral da improbidade administrativa, com especial atenção à formatação (teórica e prática) do ato ímprobo e a sua divisão em três grandes grupos (desonestidade funcional estrita, ineficiência funcional danosa e deslealdade funcional). Após, enumeram-se as importantes repercussões jurídicas do reconhecimento da probidade como um direito fundamental, em especial, a vinculação direta dos poderes constituídos aos seus pressupostos legais e constitucionais, uma releitura dos pressupostos teóricos da configuração do ato ímprobo e o reconhecimento da probidade como cláusula pétrea. Diante deste quadro, demonstra-se a importância de tais considerações para a vida dos juristas e dos cidadãos que dependem, em grande monta, de uma administração pública efetivamente proba.

Palavras-chave: Valores constitucionais. Probidade administrativa. Direito fundamental.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate that the administrative integrity is a fundamental right and that it originates numerous and important legal and legal repercussions. So, will prove that probity is a fundamental right formally (formal fundamentality) considering its in the title II of the Federal Constitution forecast. Moreover, it is materially constitutional right (stuff fundamentality), with a view to their direct and effective linkage with human dignity. Not enough, the administrative integrity is also a fundamental right as it stems from the regime and constitutional principles and international treaties to which it belongs Brazil, based on the opening clause of art. 5º, § 2 of the Federal Constitution. Moreover, limiting the state's power and is linked to the very existence of the existential minimum. It was necessary, however, revisit the post- positivist theory of the rise and formatting of fundamental rights. Thereafter, the present study engaged in scrutinizing the general theory of administrative misconduct, with particular attention to formatting (theoretical and practical) of the unrighteous act and its division into three major groups (strict functional dishonesty, harmful functional inefficiency and unfairness functional). After, cited the important legal implications of recognizing integrity as a fundamental right, especially the right binding powers made their legal and constitutional assumptions, a retelling of the theoretical assumptions of the unrighteous act setting and recognition of probity as clause stony. Given this context, demonstrates the importance of such considerations for the life of lawyers and citizens who depend on major deal effectively probability of a public administration.

Keywords : constitutional values. Administrative integrity. Fundamental right.

SUMÁRIO

Introdução	12
1. O pós-positivismo e a ordem constitucional de valores. Os direitos fundamentais e sua perspectiva referencial	17
1.2 Os ideários filosóficos e sua completude histórica: o jusnaturalismo, o positivismo e a ascensão pós-positivista	19
1.3 Os direitos fundamentais (teoria dos direitos fundamentais) e o sistema de escolhas constitucionais. Direitos fundamentais e humanos: a questão do conceito possível	27
1.4 O valor como mecanismo ideológico legítimo de opção legislativa e a politicidade das escolhas. O valor e os princípios: novas e velhas reflexões	40
1.5 O juiz constitucional e o juiz “boca da lei” (<i>la bouche de la loi</i>). A linguagem e sua densidade normativa. A busca pela norma adequada	49
1.6 Os paradigmas constitucionais e sua relevância metodológica. A busca pelo conhecimento e pela integridade do sistema jurídico	56
1.7 Os inconvenientes do sistema constitucional de valores: indevidas inovações legislativas versus criatividade normativa. Alguns mecanismos de controle do subjetivismo jurídico: a fundamentação normativa e a sua importância para a segurança do sistema jurídico	60
2. Teoria geral da probidade administrativa no âmbito dos direitos fundamentais: o direito à probidade e o dever de probidade	76
2.2 A dimensão e a ideologia constitucionais do direito à probidade administrativa: a devida compreensão do tema	80
2.3 O compromisso ético e o compromisso social: o dever constitucional de probidade	89
2.4 O <i>nomen juris</i> e suas implicações negativas. A improbidade administrativa e a tese da imoralidade qualificada	95
2.5 A tipificação do ato ímprobo e sua importância metodológica: a improbidade formal e a improbidade material. O elemento subjetivo nos atos ímprobos	103
2.6 A desonestidade funcional estrita, a ineficiência funcional danosa e a deslealdade funcional: a corrupção, a ineficiência e a deslealdade como categorias de atos ímprobos ...	109

2.7 A probidade administrativa e seu valor fundante: a necessidade de concretização do direito fundamental à probidade. A terceira geração dos direitos fundamentais e a probidade administrativa	115
3. A probidade administrativa como um direito fundamental: contornos normativos (dinamismo constitucional)	120
3.2 A (teoria da) fundamentalidade formal	122
3.3 A dignidade humana como valor paradigmático e referencial e sua correlação direta e efetiva com a probidade administrativa: a (teoria da) fundamentalidade material	128
3.4 Os direitos fundamentais não enumerados (implícitos ou decorrentes). O art. 5º, § 2º da Constituição Federal: complementariedade condicionada e cláusula de abertura	139
3.5 A existência de normas de direito fundamental adstritas e as normas de direito fundamental expressamente estatuídas	156
3.6 A questão do (direito fundamental ao) mínimo existencial e sua vinculação com a probidade administrativa	157
3.7 A limitação do poder estatal como requisito dos direitos fundamentais: a questão da probidade administrativa	163
3.8 Os objetivos fundamentais da República, a cidadania e a função garantidora do direito (fundamental) à probidade administrativa	166
3.9 O princípio da boa gestão pública e a contribuição do Direito europeu	170
3.10 Anotações derradeiras	179
4. A probidade administrativa como um direito fundamental: repercussões jurídico-legais	182
4.2 A dimensão objetiva do direito fundamental à probidade administrativa: irradiação das normas de direito fundamental e referencial hierárquico legitimador do ordenamento jurídico. A vinculação legislativa ao direito fundamental à probidade administrativa: alguns exemplos concretos	183
4.3 O condicionamento da atuação da administração pública: a questão do compromisso constitucional	192

4.4 A impossibilidade de interpretações reducionistas e a compatibilidade normativa: a interpretação conforme o direito fundamental à probidade administrativa. A atuação do intérprete-juiz: repercussão da nova hermenêutica constitucional	197
4.5 A necessária releitura do parâmetro jurisprudencial: o REsp n° 213994/MG e a incompreensão do tema. A negligência, a imprudência e a imperícia administrativas como atos ofensivos a direitos (fundamentais)	201
4.6 A questão do tipo culposo no âmbito de um direito fundamental: adequação constitucional. A gradação da culpa, a falibilidade humana e erro juridicamente tolerável..	207
4.7 A qualificação de cláusula pétrea do direito fundamental à probidade administrativa (art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal)	212
Considerações finais	217
Bibliografia	220

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

O48d Oliveira, Alexandre Albagli
O direito fundamental à probidade administrativa : valor constitucional da probidade, contornos normativos e repercussões jurídico-legais / Alexandre Albagli Oliveira ; orientadora Flávia Moreira Guimarães Pessoa. – São Cristóvão, 2014.
231 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2014.

1. Direitos fundamentais. 2. Probidade administrativa. 3. Direito constitucional – Brasil. I. Pessoa, Flávia Moreira Guimarães, orient. II. Título.

CDU 342.7:342.924(81)

Introdução

Com o advento do pós-positivismo, formatou-se a teoria dos direitos fundamentais, dando normatividade aos princípios e inserindo os valores no âmbito das discussões políticas que antecedem as inovações legislativas. Os princípios, contudo, transitam no campo do dever-ser, do que é devido, enquanto os valores não têm normatividade, e, assim, vagueiam no campo do que é melhor. Neste contexto, os valores apresentam caráter axiológico, enquanto os princípios apresentam caráter deontológico. Assim, os direitos fundamentais foram formatados exatamente na condição de um conjunto de direitos que propiciam uma vida minimamente digna aos cidadãos.

Tal universo normativo, assim, é fortemente influenciado pelos valores cultuados socialmente e que certamente farão parte das discussões políticas que alimentam as casas legislativas.

Os dispositivos legais, e, em especial, os dispositivos constitucionais, desta forma, quando incorporados aos sistemas legais/constitucionais, representam exatamente as escolhas políticas de uma sociedade e, ainda, os valores que estas sociedades buscam ou, ao menos, nelas preponderam.

Logo, tem-se que a probidade administrativa, ao ser incorporada em nosso sistema constitucional, deixa de ser apenas um valor e passa a ser um direito. Vale dizer, deixa de ser apenas uma intenção política, para se tornar uma escolha, com todas as nuances jurídico-legais dela decorrentes.

Assim sendo, justifica-se o presente estudo a fim de demonstrar que a probidade administrativa é mais que um valor que transita pelo campo das reivindicações políticas. É um direito fundamental tanto sob o prisma da fundamentalidade formal, quanto sob o aspecto da fundamentalidade material. Não só. É direito (fundamental) também decorrente do regime e

dos princípios adotados pela Constituição Federal, além de tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

Consigne-se, em tempo, que tal constatação é de extrema importância e relevância, uma vez que influencia efetivamente no âmbito de atuação dos poderes constituídos, considerando que serve de parâmetro para a atuação legislativa, condiciona o regular funcionamento da administração pública e serve de vetor interpretativo para o intérprete-juiz.

Dessa forma, o interesse pelo tema dimensiona-se ante a observância de que a defesa do direito à probidade administrativa como um direito fundamental afeta diretamente o desenvolvimento regular da administração pública, repercutindo diretamente e positivamente nos direitos dos cidadãos e no regular funcionamento dos poderes constituídos.

O que se pretende com o presente estudo é demonstrar que a probidade administrativa é um direito formalmente e materialmente fundamental, considerando-se, entre vários outros argumentos, o fato de que se encontra expressamente previsto no título II da Constituição Federal, além de sua correlação direta e efetiva com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Essa pesquisa se faz necessária tendo em vista as inúmeras e relevantes consequências teóricas e práticas que nascem com a consolidação do entendimento de que o direito à probidade administrativa é efetivamente um direito fundamental, entre as quais, como visto, o fato de influenciar efetivamente e positivamente no âmbito de atuação dos poderes constituídos.

Nesse contexto, o problema que se apresenta é saber se o direito a probidade administrativa é efetivamente um direito fundamental e, sendo assim, quais as bases teóricas que sustentam este entendimento e quais as suas repercussões jurídico-legais.

Enfim, pretende-se responder à dúvida sobre a fundamentalidade ou não do direito à probidade administrativa, e a existências de repercussões jurídico-legais significativas do eventual acatamento deste entendimento.

Assim sendo, no primeiro capítulo, estudar-se-á o pós-positivismo e a ordem constitucional de valores, com ênfase aos direitos fundamentais e sua perspectiva referencial. Serão revisitados, em breve passagem, o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo. Após, delimita-se a teoria dos direitos fundamentais e o sistema de escolhas constitucionais, enfatizando o valor como mecanismo ideológico legítimo de opção legislativa e sua diferenciação em relação aos princípios. Neste cenário, discute-se a ascensão do juiz constitucional em detrimento do juiz “boca da lei”, na busca pela norma adequada. E serão discutidos, ainda, os paradigmas constitucionais e sua relevância metodológica e a busca pelo conhecimento e pela integridade do sistema jurídico. No mais, visando à análise pormenorizada do tema, enfrentar-se-ão os inconvenientes do sistema constitucional de valores, apresentando-se, e se discutindo, alguns mecanismos de controle do subjetivismo jurídico.

No segundo capítulo, ingressa-se na teoria geral da probidade administrativa, no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, o presente estudo desenvolve a dimensão e a ideologia constitucionais do direito à probidade administrativa, esclarecendo o compromisso ético e o compromisso social advindos do dever constitucional de probidade. Ainda, serão analisados o *nomen juris* (improbidade administrativa) e suas implicações negativas, além da estrutura típica do ato ímprobo (improbidade formal, improbidade material e elemento subjetivo). Os tipos ímprobos são divididos em três categorias (a desonestidade funcional estrita, a ineficiência funcional danosa e a deslealdade funcional), para melhor compreensão do tema. E, ao final, verifica-se a necessidade de concretização do direito fundamental à probidade.

No terceiro capítulo, a probidade administrativa é disciplinada como um direito fundamental, sendo apresentados os argumentos jurídico-legais desta conclusão. Assim, aborda-se a teoria da fundamentalidade formal, demonstrando-se que a probidade se encontra prevista expressamente no título II da Constituição Federal. Ainda, enfrenta-se a correlação direta e efetiva da dignidade humana com a probidade administrativa, evidenciando-se a sua fundamentalidade material. Não só. O estudo demonstra a existência de direitos fundamentais não enumerados (implícitos ou decorrentes), a partir do art. 5º, § 2º da Constituição Federal (complementariedade condicionada e cláusula de abertura). São enfrentadas, também, as normas de direito fundamental adstritas e as normas de direito fundamental expressamente estatuídas, bem como a (defendida) existência de direitos fundamentais autônomos e a questão do mínimo existencial. A fim de demonstrar que a probidade administrativa efetivamente é um direito fundamental, o estudo faz sua correlação com a limitação do poder estatal e investiga a sua função garantidora dos objetivos fundamentais da República e da cidadania. Após, estuda-se o princípio da boa gestão pública e sua categorização como direito fundamental, sendo a probidade administrativa uma de suas espécies.

No quarto capítulo, investigam-se as repercussões jurídico-legais da probidade administrativa como um direito fundamental. Assim, demonstra-se que a fundamentalidade da probidade administrativa repercute no Legislativo (vinculação legislativa ao direito fundamental), no Executivo (condicionamento da atuação da administração pública) e no Judiciário (impossibilidade de interpretações reducionistas). Neste contexto, propõe-se a necessária releitura do parâmetro jurisprudencial (REsp nº 213994/MG), sendo analisadas a negligência, a imprudência e a imperícia administrativas como atos ofensivos a direitos fundamentais. Assim, o tipo culposo, no âmbito de um direito fundamental, é investigado visando à sua adequação constitucional. Ainda, é disciplinada a gradação da culpa, tendo em vista a falibilidade humana e a existência do erro juridicamente tolerável. No fim, como mais uma repercussão jurídico-legal advinda da tese, demonstra-se a qualificação na condição de

cláusula pétrea do direito fundamental à probidade administrativa (art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal).

O método adotado foi o dedutivo, partindo-se de premissas legais e constitucionais para se alcançar a conclusão de que a probidade administrativa é um direito fundamental. Em um primeiro momento, fez-se um relato minucioso sobre o objeto do presente estudo, partindo-se da ascensão pós-positivista e da formatação da teoria geral dos direitos fundamentais, até teorização de uma teoria geral da improbidade administrativa, visando ao reconhecimento do direito à probidade administrativa como um direito fundamental e se apresentando as repercussões jurídico-legais deste entendimento.

1. O pós-positivismo e a ordem constitucional de valores. Os direitos fundamentais e sua perspectiva referencial

Um dos temas de maior relevo constitucional, nas últimas décadas, é o efetivo disciplinamento dos direitos fundamentais, “[...] direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” (CANOTILHO, 1941, p. 393). Anote-se, em tempo, que, no constitucionalismo contemporâneo, os direitos fundamentais surgem como forma de reaproximação do Direito com os valores (justiça, moral, ética, equidade etc) que lhe inspiravam e inspiram, servindo como alicerces normativos de um Estado democrático de Direito.

Nesse andar, os direitos fundamentais tiveram relativa sistematização nas últimas décadas. Não se trata de fetiche legislativo ou doutrinário, mas de conquista alicerçada no desenvolvimento histórico¹ e racional do homem. Isto porque os direitos fundamentais acabaram por concretizar um ideal (pós)positivista, cultural, político, sociológico, jurídico, filosófico e humanístico do homem, na formação de seu ambiente social. Trata-se de uma verdadeira ideologia que foi perseguida e construída ao longo dos anos, entre acertos e desacertos, e que acabou por se solidificar nas barras do constitucionalismo contemporâneo.

A síntese é de Barroso (2013a, p. 35):

[...] o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores -, da filosofia política – em busca da legitimidade democrática e da

¹ Osório (2007, p. 235 e 236) ensina que: “Todavia, a visão retrospectiva não traduz limitação ao intérprete, mas ponto de apoio. Não escraviza, mas liberta. O olhar histórico não serve para engessar posturas inovadoras e criativas, mas para compreender o papel e a funcionalidade concreta dos institutos perante determinadas circunstâncias.”

realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia, psicologia e sociologia.

Contudo, para se entender este processo de consolidação, é necessário revisitar, ainda que de forma breve e tímida, sem nenhuma pretensão de esgotamento do tema, as concepções filosóficas jusnaturalistas e positivistas do passado, que acabaram por contribuir para o surgimento do pós-positivismo jurídico moderno e para a ideologização dos direitos fundamentais.

Assim sendo, verificar-se-á de que forma surgiu a teoria dos direitos fundamentais, em um ambiente filosófico preocupado com valores e ideais de justiça que não se confundiam nem se encerravam com textos legais escritos, amorfos, sem vida, estéreis, os quais necessitavam da atividade interpretativa do jurista/operador do direito, uma vez que, como ensina Teixeira (2012, p. 47), “[...] toda a norma jurídica, para além da sua estrutura lógico-formal, tem sempre um determinado conteúdo, que envolve e implica, necessariamente, conduta e valor.”

Enfim, além da literalidade dos textos legais, baseados em regras, aperfeiçoou-se a doutrina da força normativa dos princípios. Assim, a norma passou a ser produto interpretativo também de princípios, com toda a plasticidade que lhe é inerente. E este sistema de valores foi concebido para que a norma pudesse conter exatamente “[...] uma forte ideologia [...]” (MARMELSTEIN, 2011, p. 12).

Consigne-se, em tempo, que tais temas – jusnaturalismo, positivismo, pós-positivismo e direitos fundamentais – serão abordados e tratados de forma breve e sem profundidade, apenas para, no contexto, servirem de exata compreensão do tema que se desenvolverá, que é a existência de um direito fundamental à probidade administrativa. Vale dizer que, neste caso, para se alcançar a existência deste direito, de um direito fundamental à probidade

administrativa, necessário se faz entrar, ainda que de forma superficial e tímida, sem a pretensão de esgotar o tema, no âmbito do surgimento da teoria geral dos direitos fundamentais.

1.2 Os ideários filosóficos e sua completude histórica: o jusnaturalismo, o positivismo e a ascensão pós-positivista

O jusnaturalismo vigorou, com certa desenvoltura, até o final da Idade Média (queda de Constantinopla, em 1453). Baseava-se na existência de um direito natural, de conotação divina.

Havia, desse modo, no ambiente jusnaturalista, uma identificação da justiça e da moral, de valores humanos (ou divinos) e de valores sociais, necessários ao estabelecimento de “regras”, todos reguladores das atividades humanas, privadas e públicas. O jusnaturalismo, assim, valia-se de uma decantada “ética superior”, que prescindia do estabelecimento de regras escritas, a fim de regular as atividades humanas, considerando-se que “Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.” (BARROSO, 2010, p. 235).

No plano eminentemente teórico, essa corrente filosófica tinha a virtude de pautar as relações humanas com base em valores concebidos no âmbito da própria sociedade, sem a necessidade de intervenção estatal. O Direito era, assim, “naturalmente” – e não positivamente, no sentido de Direito posto – concebido. Contudo, esta corrente filosófica, no plano empírico, não se mostrou virtuosa, considerando que o jusnaturalismo não privou as sociedades de elementos desagregadores, como a injustiça, a desigualdade e a insegurança.

Anote-se que, modernamente, as sociedades democráticas têm representação popular, como se sabe, através do Poder Legislativo. No Brasil, por exemplo, os Estados da Federação e o Distrito Federal são representados pelos Senadores (art. 46 da CF) e o povo é representado pelos Deputados Federais (art. 45 da CF). Anote-se ainda que a legitimação da atividade estatal, na representação popular, funda-se na ideia de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos [...]” (parágrafo único do art. 1º da CF).

No jusnaturalismo, contudo, a legitimação estatal, via parlamento, não era necessária, pois “Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independentem do direito positivo.” (BARROSO, 2010, p 235).

O fundamento jusnaturalista baseava-se, desse modo, na concepção de que existe “um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas”, mas este fundamento não tinha base normativa. E, como tal, compreende-se, ou se pode compreender, ilimitado. Contudo, como se sabe, “O fundamento absoluto é fundamento irresistível no mundo de nossas idéias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações.” (BOBBIO, 2004, p. 16). Assim, este “conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas” não decorria “de uma norma jurídica emanada do Estado”, de tal forma que não existia um limite, orgânico ao menos, para tais “pretensões”.

Nesse contexto, como acentuou Bobbio (2004, p. 16):

Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis.

Em suma, o mérito teórico/prático da corrente filosófica jusnaturalista era o intercâmbio quase automático entre a sociedade e os valores cultivados por esta mesma sociedade. Não havia, deste modo, intermediações representativas, mas o estabelecimento de paradigmas culturais, referenciais, “conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas”, que se colocavam “acima da possibilidade de qualquer refutação” e “derivando-os diretamente da natureza do homem”.

De outra banda, não obstante, o jusnaturalismo apresentava um vício de origem, que era o seu próprio fundamento. E, como visto, nas palavras de Bobbio (2004, p. 16), “[...] a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis.”

Enfim, a necessidade de se positivar (no sentido de se reconhecer na forma escrita) direitos era evidente, e isto contribuiu para o declínio – e não fracasso – do jusnaturalismo. O que se viu, com o andar da história, foi exatamente a positivação (escrituração) de boa parte dos direitos reconhecidos como naturais. Deste modo, não obstante os bons fundamentos filosóficos e até mesmo os bons propósitos do jusnaturalismo, esta corrente foi superada justamente pela positivação de direitos que, antes, eram havidos apenas no plano natural.

Desse modo, “No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada nos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação.” (BARROSO, 2010, p. 238). O positivismo, assim, apresentou-se, desde logo, como forma de “conservação” de valores estabelecidos através de textos escritos.

Assim, com o surgimento da positivação de direitos, direitos estes que, em boa parte, eram naturais, deu-se o início da corrente filosófica positivista, baseada no rigor científico, na força coativa do Estado, no império da lei e em uma pretensa racionalidade. Outras características são enumeradas doutrinariamente: aproximação entre Direito e norma,

estabilidade do Direito, completude do ordenamento jurídico e formalismo (BARROSO, 2010, p. 240). Enfim, o Direito passou a ser, desta forma, o que a lei diz que é, “O direito natural, na verdade, positivou-se.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 11).

O mérito da corrente filosófica positivista foi, sem dúvidas, sacramentar a necessidade de serem estabelecidas regras escritas para a regulação das atividades humanas, em uma sociedade cada dia mais plural. Contudo, o equívoco positivista foi a visão (filosófica que seja) de que a simples existência da lei (positivação de direitos) era suficiente para a regulação das atividades humanas e garantidoras de segurança jurídica. Enfim, que o texto da lei, escrito, era motivo de segurança, de pacificação, de racionalidade.

O que se viu, assim, foi a substituição de uma corrente “aberta”, baseada em valores naturais, para uma outra “fechada”, baseada na lei, no direito positivado, escrito², mas nem por isto mais segura. O que estava escrito na lei, como visto, nem por isto era o que se revelava socialmente e juridicamente justo, estável, adequado. E, o mais tenebroso, era legítimo e legal. Enfim, se o jusnaturalismo se revelava inseguro pelo seu subjetivismo, o positivismo não se mostrou diferente, mais seguro, pela simples positivação de direitos. Ao contrário, o surgimento, por exemplo, de regimes legais, mas autoritários e fascistas, demonstrou que o positivismo não era uma corrente filosófica baseada em primores de segurança jurídica.

Consigne-se, no mais, que o positivismo teve na segurança jurídica sua vitrine discursiva, não se ocupando, com melhor destaque, ao conteúdo das normas. Sobre isto, assim se manifestam Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 47):

² Consigne-se, desde logo, a diferenciação proposta por Marmelstein (2011, p. 25): “Não se deve confundir norma positivada com norma escrita, já que existem diversos direitos fundamentais positivados de forma implícita (não escrita), que decorrem do sistema constitucional como um todo, por força do já citado art. 5º, § 2º, da Constituição de 88.”

Como bem aponta Habermas, para o positivismo a noção de *segurança jurídica* se sobrepõe, abarca, *eclipsa* a ideia de *justiça* enquanto pretensão de *correção normativa*. A fundamentação das normas jurídicas é *puramente procedimental* – de forma bem distinta do procedimentalismo de Habermas –, refere-se unicamente à sua gênese, deixando o problema do conteúdo das normas para outros âmbitos normativos ou científicos – moral, política, sociologia, história etc.

Desse modo, após a segunda guerra mundial, houve o surgimento da corrente pós-positivista, que, na verdade, não se mostrou uma nova corrente, mas sim um aperfeiçoamento das duas anteriores, mais preocupada com o conteúdo das normas. Neste sentido, “[...] o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional.” (BARROSO, 2013a, p. 121).

Como visto, o positivismo jurídico demonstrou-se insuficiente para disciplinar e regular as atividades humanas, na medida em que a simples existência de textos legais não se mostrou como elemento de segurança (vitrine discursiva) para a concretização de direitos. Ao contrário, o legalismo, como dito, podia servir, e não raro serviu, para legitimar condutas que atentavam contra os mais mezinhos valores sociais, culturais, morais, éticos, humanísticos, entre outros, cultivados e cultuados no âmbito de determinadas sociedades. E é válido mencionar que “[...] se a segurança propiciadas (*sic*) pelas leis não é o único valor buscado pelo direito, constitui de todo modo valor fundamental ao convívio humano.” (AZEVEDO, 2000, p. 137).

Nesse contexto, com o fim dos regimes autoritários do último século, houve a necessidade de se repensar o positivismo, não com o intuito de eliminá-lo, até porque não se desconhece os seus méritos, mas objetivando aperfeiçoá-lo. Assim, de acordo com a lição de Barroso (2013a, p. 131), “O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade.”

Desse modo, embora a escrituração de direitos fosse medida saudável e necessária, faltava-lhe um componente dinâmico, capaz de solucionar o problema criado pela existência de legislações legitimadas até mesmo pelo crivo do parlamento, mas que contrariavam valores consolidados historicamente, socialmente e filosoficamente, como a liberdade, a igualdade etc. Assim, de acordo com Marmelstein (2011, p. 11), “Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor da dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo [...]”³

Nesse contexto, o imobilismo normativo visualizado no positivismo também apresentou facetas de insegurança jurídica, que acabaram por exigir uma readaptação desta corrente filosófica. Assim, a título de exemplo, se fosse promulgada uma lei, no Brasil, que permitisse a castração de estupradores, eventual condenação seria legal, no sentido da existência de lei autorizadora, mas, na mesma banda, agrediria valores (catalogados), como dito, consagrados historicamente, como a dignidade humana, por exemplo. Assim, o que fazer para remediar este problema, originário de legislações (positivadas) humanamente degradantes e historicamente contraditórias? Foi neste contexto e com estas preocupações que a corrente pós-positivista foi gestada.

O pós-positivismo surgiu, assim, em um ambiente que lhe era amigável. Dantas (2009, p. 9), sobre o tema, assim se manifesta:

E tanto se chega pela rejeição do positivismo jurídico, no plano metodológico, que abriga a dicotomia fundamental entre sujeito e objeto e a neutralidade política e axiológica da investigação jurídica e do próprio direito, aderindo-se prontamente ao

³ Segundo Marmelstein (2011, p. 11): “Tudo levaria a crer que o desprestígio do positivismo faria renascer as doutrinas baseadas no direito natural: se o direito positivo não era suficiente para garantir o justo e evitar a legalização do mal, o direito natural seria a solução. Mas não foi assim. Na verdade, o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor da dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se.”

chamado pós-positivismo, em especial pela interação que mantém com o movimento denominado neoconstitucionalismo.

Vale lembrar, e isto é fundamental para a compreensão do tema, que a existência de uma lei não é, e nunca será, solução para todos os males, não obstante o caráter de legitimidade que lhe é inerente⁴. E, inclusive, “[...] o realismo sustentava que a lei não é o único – e, em muitos casos, sequer o mais importante – fator a influenciar uma decisão judicial.” (BARROSO, 2013a, p. 266). Mas a sua ausência, no âmbito de uma sociedade cada dia mais plural, gera também insegurança.

O principal, contudo, é a compreensão de que se aplica a norma retirada do texto legal, e não o texto em si⁵. Vale dizer, o intérprete não aplica ao caso concreto o texto legal, em uma amorfa operação mecânica⁶. O operador do Direito interpreta o texto legal e, depois desta operação mental, o produto interpretativo é justamente a norma que vai ser aplicada no caso concreto. Enfim, o que vale para a ligação entre o texto legal e o caso concreto é a norma, produto da interpretação do operador do Direito.

Ávila (2010, p. 30), não obstante, faz uma interessante ponderação:

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

⁴ “Os juristas se vangloriam de cultivar o direito tal como ele é: e o direito tal como existe de fato está longe de ser conforme às leis.” (VILLEY, 2007, p. 21).

⁵ Acerca da dicotomia sobre texto e norma, Grau (2002, p. 17) assim ensina: “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é interpretação do texto normativo.” Ávila (2010, p. 30) entende que “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir de interpretação sistemática de textos normativos.”

⁶ Substituição do modelo de revelação do conteúdo preexistente, sem desempenho de qualquer papel criativo. A aplicação mecânica da lei, a partir da técnica do “pinçamento”, é ultrapassada.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivo a partir dos quais não é construída norma alguma.

Desse modo, a norma aplicada pelo operador do Direito ao caso concreto, no âmbito de um Direito positivado, pode se resumir ao texto escrito da lei. Dá-se isto se o intérprete valer-se de uma interpretação literal da lei; dá-se isto, comumente, quando se está diante de uma regra expressa e clara, sem carga axiológica. E é verdade, reconheça-se, que as palavras têm sentido, e por terem sentido, devem ser interpretadas. Mas esta interpretação pode, até pela redação do texto legal, gerar normas que violem valores catalogados e historicamente concebidos no ambiente social. Vale dizer, o literalismo pode ser (e é) recurso válido de interpretação. Mas se o produto da interpretação (norma) se encerrasse aí, seria perigoso, porque poderíamos conceber normas absurdas, teratológicas, nocivas, mas legitimadas pelo ordenamento jurídico. Ou, conforme ensina Barroso (2013a, p. 35), não tem espaço a ficção “[...] de que o Direito se realizava, se interpretava, se concretizava mediante uma operação lógica e dedutiva, em que o juiz faria a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha.”

O modelo pós-positivista, nesse contexto, tem a vantagem de propiciar ao intérprete uma análise mais qualificada do cenário empírico e do cenário legal, uma vez que não se vale, para a produção da norma, apenas de textos de lei, mas de princípios que, como dito, são vetores hermenêuticos representativos dos valores culturalmente, historicamente e positivamente assegurados. E se é certo que “O juiz não produz normas livremente.” (GRAU, 2002, p. 46), e isto deve sempre ser repetido, também é certo que o juiz, e todos os outros operadores do Direito, dentro das regras e princípios legitimamente catalogados – Direito posto –, têm um ambiente interpretativo mais elástico, mas também mais racionalmente delimitado.

Assim, o pós-positivismo, ao valer-se da teoria dos direitos fundamentais e ao dar força normativa aos princípios, evita esse problema, na medida em que o intérprete, no exercício de gestão da norma, vale-se também de princípios como vetores normativos. E os “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.” (BARROSO, 2013a, p. 123 e 124).

Enfim, o pós-positivismo viabilizou a interação entre os valores, os princípios e as regras, a fim de adensar a atividade normativa – no aspecto da criação da norma – de que se incumbem o operador do Direito, uma vez que “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.” (ALEXY, 2008, p. 87). Em outras palavras, “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.” (PAMPLONA FILHO, BRANCO e BARROS, 2012).

1.3 Os direitos fundamentais (teoria dos direitos fundamentais) e o sistema de escolhas constitucionais. Direitos fundamentais e humanos: a questão do conceito possível

Viu-se, ainda que de forma anódina, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, que, para solucionar o “fechamento” (estagnação axiológica)⁷ da corrente positivista, permitiu-se uma “abertura”⁸ pós-positivista, baseada, como dito, em uma teoria dos direitos fundamentais e na

⁷ Note-se que “A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizando-a, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se.” (AZEVEDO, 2000, p. 149).

⁸ Alguns autores empregam o termo “plasticidade”, referindo-se, especificamente, aos princípios constitucionais. Alexy (2008, p. 26) entende que tal abertura pode suscitar grandes discussões que serão solucionadas através do consenso: “Mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria.”

normatividade dos princípios, considerados mandamentos de otimização⁹ por Alexy (2008, p. 90). O pós-positivismo baseou-se, deste modo, em um verdadeiro sistema de valores, afastando o perigo de sistemas legalistas fechados, verdadeiro prato cheio para regimes marcados pelo autoritarismo e pela hipocrisia. E, como leciona Britto (2003, p. 170), “O que estamos a enfatizar é que determinados princípios têm uma parte de si como *janelas abertas* para o porvir, dotando a Constituição de plasticidade para se adaptar à evolução do modo social de conceber e experimentar a vida.”

Observe-se, ainda, que os direitos fundamentais¹⁰ têm, ou podem ter, exatamente este signo de indeterminação, “[...] seja em função da abertura semântica e estrutural das normas jusfundamentais, seja, sobretudo, em razão do seu caráter de princípios.” (SANTOS, F., 2010, p. 184). Esta indeterminação serve exatamente para não tolher a atividade interpretativa do operador do Direito, mas é vista, também, como forma de jogo de poder e não como imperfeições do sistema: “Em suma: seria ingênuo ver as indeterminações normativas (inclusive as extremas, que chamamos de ‘princípios’) como imperfeições do sistema. Elas são necessárias aos jogos de poder existentes na sociedade.” (SUNDFELD, 2012, p. 69).

Não obstante, mesmo que se considerem as indeterminações normativas como parte integrante dos “jogos de poder”, ficou evidente que a lei, por si só, não tem, nem poderia ter, o condão de satisfazer a contento a distribuição de direitos, mesmo porque é instrumento legal

⁹ “O ponto 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 pelo princípios e regras colidentes.” (ALEXY, 2008, p. 90). Segundo Silva, V. (2010, p. 46), “O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como *mandamentos de otimização*.”

¹⁰ Os direitos fundamentais podem ser divididos, em linhas gerais, em três grupos: direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação. Canotilho (1941, p. 407-409), contudo, fala em funções de defesa, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação. Cunha Júnior (2010b, p. 547-551), por sua vez, fala em função de defesa ou de liberdade, de prestação, de prestação perante terceiros e de não discriminação.

em uma sociedade que se desenvolve historicamente, e que não é marcada pelo imobilismo. Se, por exemplo, um texto legal legitima a ofensa moral contra réu em processo criminal, descriminalizando tal conduta, embora esta ofensa seja legal, pois amparada em lei, esta mesma lei pode (e deve) ser declarada inconstitucional, na medida em que ofende ao princípio (valor) da dignidade humana (art. 1º, inc. III da CF), que é fundamento da república. Assim, o intérprete, diante da lei que permite a ofensa moral a réus em processo criminal, pode entender que esta lei contraria um valor que foi catalogado constitucionalmente, sendo que o produto desta interpretação (norma) pode ser contrário à letra expressa da lei.

Essa, parece, é uma questão central do debate: a possibilidade que tem o intérprete de se valer de princípios que foram catalogados no âmbito constitucional para aplicar o Direito (a norma) ao caso concreto. E, não se deve esquecer, “[...] o saber jurídico não é apenas especulativo, não deve ficar limitado ao plano meramente teórico abstrato, sendo incabível a insensibilidade que se antepõem para solução ao direito constitucional.” (DANTAS, 2009, p. 9). Vale dizer, a existência de valores constitucionais, reconhecidos no plano normativo (legislados), funcionam como vetores hermenêuticos.

Vários desses valores constitucionais, consigne-se, em tempo, têm a pecha da perenidade. A doutrina (TAVARES, 2012, p. 39) se debruçou quanto ao tema:

A forma pela qual determinados “valores” puderam ser garantidos de maneira perene, inclusive contra eventual vontade passageira de legisladores que vão se substituindo, foi justamente a ideia de hierarquia ao sistema jurídico, colocando-se em seu ápice as normas que mereceriam certa continuidade temporal e, eventualmente, ressaltando-se algumas delas, que passariam a ser imutáveis para os poderes estabelecidos.

Fundamentou-se, assim, a teoria dos direitos fundamentais¹¹, baseada justamente na existência de valores fundamentais para a própria existência humana, para uma vida minimamente digna, e que, consagrados no plano empírico, quando positivados, serviriam como marco ideológico e normativo de todo o sistema jurídico. Não só. Houve o reconhecimento da normatividade dos princípios, exatamente para extirpar (ao menos minorar) os problemas de uma concepção meramente positivista.

O reconhecimento da normatividade dos princípios, assim, é fundamental, mesmo porque estes valores constitucionalmente reconhecidos, como visto, não raro podem “ser garantidos de maneira perene”, a partir do próprio texto constitucional (art. 60, § 4º¹²). Dessa forma, se vivemos em um país que semeou, historicamente, o pluralismo religioso, nada mais natural do que a Constituição Federal prever como princípio constitucional a liberdade de crença (5º, inc. VI)¹³. E este princípio, além de ter um assento normativo-ideológico, é um vetor interpretativo. Assim, qualquer interpretação, relativa a qualquer lei, deve ser norteada pelo princípio em tela, na medida em que estamos não diante apenas de uma regra de aplicação compulsória e pouca densidade axiológica, mas de um valor consagrado juridicamente.

Se a Constituição Federal diz que “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]” (art. 5º, inc. LIV) é porque o devido processo legal é um valor consagrado em nosso ordenamento. Assim, caso exista dispositivo legal que não

¹¹ Alexy (2008, p. 39) faz o seguinte alerta: “A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma ‘teoria ideal dos direitos fundamentais’. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal.”

¹² “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

¹³ “[...] é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”

observe este princípio, tal dispositivo será inconstitucional, pois, como dito, o devido processo legal é um valor catalogado constitucionalmente. Daí porque se diz, por exemplo, que o devido processo legal é um direito fundamental.

Nesse ambiente normativo, podem surgir leis que sejam contrárias a valores culturalmente, historicamente e positivamente consagrados em nosso ordenamento. Estas leis serão, portando, inválidas, inservíveis, inconstitucionais. Este é um marco não só legal, mas ideológico. Põe a Constituição Federal como referência normativa, e consagra as referências ideológicas de um povo, através de um sistema de escolhas constitucionais.

Se a sociedade brasileira, ao longo dos anos, construiu uma tradição democrática, consolidada historicamente e culturalmente, nada mais natural do que a Constituição Federal prever que “A República Federativa do Brasil [...]” será “[...] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal [...]”, constituindo-se em “[...] Estado Democrático de Direito [...]” (art. 1º)¹⁴.

Assim, a democracia, no âmbito brasileiro, não é só uma referência constitucional, é uma referência ideológica, pois que a sociedade brasileira, através de sua representação parlamentar, consagrou a democracia como um valor intransigível, de modo que qualquer dispositivo legal que contrarie este valor será inválido.

A democracia, nessa banda, sendo um direito fundamental, sendo um princípio, sendo um valor reconhecido constitucionalmente, é incompatível com qualquer iniciativa contrária, ainda que legislativa (legislação ordinária), ainda que com aparência de medida de natureza legal. Isto porque, consigne-se, os direitos fundamentais “[...] são enxergados não como

¹⁴ Piovesan (2012, p. 82) entende que os direitos fundamentais são elementos básicos para a efetivação do princípio democrático: “Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.”

valores universais e atemporais, advindos de uma razão natural, mas sim como frutos de uma construção de origem histórico-cultural, baseando-se nos valores expressos através dos princípios.” (PAMPLONA FILHO, BRANCO e BARROS, 2012). Vale dizer, um princípio constitucional serve como marco referencial inclusive para a atividade legislativa ordinária.

E o raciocínio que ora se desenvolve parte exatamente da premissa de que os direitos fundamentais são “frutos de uma construção de origem histórico-cultural, baseando-se nos valores expressos através dos princípios.”

Não obstante, como visto, ser consolidação do (superado) jusnaturalismo e do fracasso jurídico-ideológico do positivismo jurídico, os direitos fundamentais começaram a ser discutidos no final do século XVIII, na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁵. A Revolução Francesa, que deu origem à Idade Contemporânea, notabilizou-se pela valoração da tríade liberdade, fraternidade e igualdade¹⁶, valores estes que

¹⁵ Bobbio (2004, p. 79) demonstra, em poucas palavras, a importância desse acontecimento histórico: “Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam um fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano.” Dimoulis e Martins (2011, p. 25) assim se manifestam: “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi redigida na França em 26 de agosto de 1789 e adotada definitivamente em 2 de outubro de 1789, é um texto em muitos aspectos parecido com as Declarações norte-americanas. Nela, encontram-se o reconhecimento da liberdade, da igualdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão, da liberdade de religião e do pensamento, garantias contra a repressão penal.” Santos Neto (2008, p. 252) assim leciona: “Também a Magna Carta, de 21 de junho de 1215, merece destaque especial como precedente histórico dos direitos fundamentais, eis que foi esta a ‘peça básica da Constituição inglesa’, e, portanto, de todo o constitucionalismo.” Fernandes (2011, p. 226) anota que o termo direitos fundamentais apareceu “[...] na França do século XVIII, no curso do movimento político-cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.”

¹⁶ Segundo Torres (2009, p. 137), “Os valores da liberdade, da justiça e da solidariedade encontram-se em permanente interação, como se sabe desde a Revolução Francesa, com a tríade correspondente: *liberté, égalité et fraternité*.” Cunha (2008, p. 73) faz a seguinte explanação referindo-se a valores comuns, universais: “Não deve haver qualquer segredo ou mística em torno destes valores. Podem eles ser encarados de formas diversas, mas em geral sempre se terá que neles sublinhar a tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade, a ideia de civismo e de cidadania, de austeridade e dedicação à coisa pública, de rigor, de transparência e boas contas pessoais e do Estado, de legalidade e cumprimento da lei e autoridade do Estado, imparcialidade (e daí a laicidade, como outras consequências), de demofilia e democracia, e, naturalmente, defesa intransigente dos Direitos Humanos.” Veja que o autor enumera entre tais valores a “dedicação à coisa pública”, a “transparência” e as “boas contas pessoais e do Estado”.

acabaram por influenciar os sistemas jurídicos modernos e, de resto, e não menos importante, acabaram por alicerçar a formatação da teoria dos direitos fundamentais, direitos estes positivados, mas fortemente marcados pela historicidade, politicidade e ideologização¹⁷.

Estamos, assim, diante de um sistema de escolhas, sendo que o povo, através de sua representação legítima, escolheu determinados valores que são expressos constitucionalmente por intermédio de princípios, uma vez que “Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito assumindo, usualmente, a forma de princípios.” (BARROSO, 2013a, p. 43).

Foi neste ambiente pós-positivista que se formatou a teoria dos direitos fundamentais, baseada nas seguintes premissas, conforme Marmelstein (2011, p. 13):

(a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; (b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; (c) crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente contraditórios; (d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana.

Observe-se que as premissas são voltadas para a opção pelo sistema que reconhece a importância de se afastar do “legalismo” e do “formalismo jurídico”, não no sentido de afastamento de um Estado legal, de um Estado de e com regras, mas sim no contexto de um sistema normativo que não se resumisse à produção de normas a partir de regras legais que não tinham, e nem têm, a plasticidade dos princípios, na medida em que, como diz Alexy (2009, p. 04 e 05), “[...] nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social.”

¹⁷ Sobre o tema, Ferreira Filho (2009, p. 293): “De fato, a doutrina dos direitos fundamentais tem profundas raízes filosóficas (e assim não escapa das controvérsias mais abstratas e complexas); envolve sempre conotações políticas (e assim se insere no dia-a-dia do poder estatal); e está no cerne do novo direito internacional, que não ignora os indivíduos.”

Em suma, “O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela.” (BARROSO, 2013a, p. 35).

A teoria dos direitos fundamentais teve como premissa, ainda, a “defesa da posituação constitucional dos valores éticos”, justamente pela observação de que a inserção destes “valores éticos” no plano constitucional tornaria a atividade normativa mais fiel aos seus propósitos de efetivamente dizer o Direito ao caso concreto. Neste mesmo sentido, tem-se a “crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios”, justamente porque as normas principiológicas, como se viu, “[...] não consubstanciam meios ou providências (estado-pontual-de-coisas), propriamente, para o alcance de valores. Elas são esses valores mesmos.” (BRITTO, 2003, p. 168).

No mais, a teoria dos direitos fundamentais fundou-se no “compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana” que, como se verá adiante, justifica a materialidade dos direitos fundamentais.

Válido, contudo, é o alerta de Sundfeld (2012, p. 63), criticando a escassez de conteúdo dos princípios:

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 contém. Debates sobre princípios são travados quase sem texto (como neste exemplo: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”). Daí o problema: se a norma não está no texto, será mesmo uma norma (o Estado estará, mesmo, juridicamente obrigado a fazer algo em termos de saúde, ou aquela frase é mera “declaração de princípios”)? Se for, onde está a norma (onde podemos encontrar a solução para o problema de saber que prestações de saúde o Estado está obrigado a fornecer a cada passo)? Quem decifra (o legislador, o administrador público, o juiz, o povo)?

Tais questionamentos são válidos para se estabelecer um virtuoso contraponto no âmbito da teoria dos direitos fundamentais que, como visto, tem na força normativa dos princípios uma de suas premissas. Desta forma, os princípios, “textos que somos levados a entender como normativos mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contêm”, podem se revelar absolutamente perniciosos na gestação das normas, considerando-se o alerta de que “se a norma não está no texto, será mesmo uma norma [...]?”

A questão do conteúdo pode gerar, e não raro isto acontece, abusos. Sobre tais abusos e quanto ao enfrentamento deles, tem-se capítulo próprio. O que se tem é que, não obstante a importância da crítica, a escassez do conteúdo dos princípios pode ser visto por outro ângulo, no sentido dado por Britto (2003, p. 170), de, como dito, “[...] *janelas abertas* para o porvir, dotando a Constituição de plasticidade para se adaptar à evolução do modo social de conceber e experimentar a vida.” O conteúdo dos princípios, assim, é verdadeiramente (e propositalmente) escasso exatamente para permitir ao operador do Direito uma segunda vida de fonte normativa, mais adaptável à “evolução do modo social de conceber e experimentar a vida.”

No mais, há uma outra questão a ser enfrentada, com base nas dúvidas levantadas na respeitável doutrina (SUNDFELD, 2012, p. 63): “Quem decifra (o legislador, o administrador público, o juiz, o povo)?” Isto porque, esta plasticidade inerente aos princípios acaba possibilitando, ou não inibindo, que a produção na norma invada a esfera das escolhas políticas destinadas, como função primordial, ao Poder Legislativo. O problema a ser enfrentado (indevida criatividade normativa x inovação legislativa) não pode, contudo, ser empecilho ao reconhecimento da força normativa dos princípios.

No mais, quanto à fundamentação filosófica e jurídica dos direitos humanos, base ideológica dos direitos fundamentais, ela pode ser sintetizada nas lições de Pessoa (2009a, p. 19 e 20), a partir da doutrina de Tabeñas:

Conforme lição de Tabeñas (1992, p. 52), a fundamentação filosófico-jurídica dos direitos humanos pode ser dividida em três vertentes principais: a) a fundamentação jusnaturalista, que consiste na consideração dos direitos humanos como direitos naturais; b) a fundamentação historicista-positivista, que considera os direitos humanos como pretensão historicamente atingidas pela vontade coletiva e consolidadas em normas positivas; c) a fundamentação ética, que considera os direitos humanos como direitos morais.

No âmbito histórico, os direitos fundamentais se formataram, com maior rigor científico, com o surgimento do pós-positivismo, que teve início, como visto, na segunda metade do século XX, após o fim da segunda guerra mundial¹⁸ e o declínio dos regimes fascista e nazista na Itália e na Alemanha. Neste sentido, Barroso (2013a, p. 120): “Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação do pensamento esclarecido.”

A origem histórica é também tratada por Dimoulis e Martins (2011, p. 25):

Um passo muito importante no caminho do pleno reconhecimento dos direitos fundamentais deu-se nos Estados Unidos quando, em 1803, a Corte Suprema (*Supreme Court*) decidiu que o texto da Constituição Federal é superior a qualquer outro dispositivo legal ainda que criado pelo legislador federal (caso *Marbury vs. Madison*).

Observe-se, ainda, que “O fundamento de direitos – dos quais se sabe apenas que são condições para a realização de valores últimos – é o apelo a esses valores últimos. Mas os valores últimos, por sua vez, não se justificam; o que se faz é assumi-los.” (BOBBIO, 2004, p.

¹⁸ Segundo Barroso (2013b, p. 61), “Ao longo do século XX, principalmente no período (*sic*) após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade humana foi incorporada ao discurso político das potências que venceram o conflito e se tornou uma *meta política*, um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais.”

18). No caso dos direitos fundamentais, direitos que são, trabalha-se com valores, que revelam um “direito que se tem” e um “direito que se gostaria de ter”, na linha defendida por Bobbio (2004, p. 15):

O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e de deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-la.

Consigne-se, em tempo, que, quanto à sua nomenclatura, os direitos fundamentais surgiram, assim, como “direitos humanos”¹⁹, ou “direitos do homem”²⁰, ou “direitos naturais”²¹, ou “direitos fundamentais do homem”²², expressões que lhe foram dirigidas²³.

¹⁹ Ou “suprapositivos” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 48).

²⁰ Conforme Pessoa (2009a, p. 16): “Sarlet (2006, p. 35-37) estabelece distinção entre ‘direitos fundamentais’, ‘direitos humanos’ e ‘direitos do homem’. Segundo o autor, o termo direito fundamental se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto a expressão ‘direitos humanos’ é empregada nos documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas atribuídas ao ser humano como tal, independente de sua vinculação a determinado Estado. Já a expressão ‘direitos do homem’ é, para o autor, marcadamente jusnaturalista, vinda de uma fase que precedeu o reconhecimento dos direitos no âmbito do direito positivo interno e internacional.” No mesmo sentido, Canotilho (1941, p. 393): “As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” Novelino (2011, p. 383 e 384), por sua vez, sintetiza dizendo que “Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado.”

²¹ Ou “pré-positivos” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 48).

²² “Direitos fundamentais do homem constitui expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.” (SILVA, J., 2001, p. 182).

Outras designações foram formuladas: direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais etc²⁴. Contudo, não obstante alguma vacilação quanto à nomenclatura²⁵, o certo é que os direitos fundamentais são direitos do ser humano, com assento constitucional. Os direitos humanos, por seu turno, são os direitos fundamentais designados internacionalmente (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 36). Ou, como ensina Cunha (2008, p. 281), “[...] os Direitos Fundamentais seriam os Direitos Humanos do Direito Constitucional [...]” e “[...] os Direitos Humanos seriam os Direitos Fundamentais do Direito Internacional (e afins).”

Quanto à nomenclatura sobre os direitos fundamentais, há também elementos que lhe são partes integrantes, sendo apenas pontuais as divergências: são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas)”; encontram-se “contidos em dispositivos constitucionais”; têm como “finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”; são “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder”; são “positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito”; “por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”²⁶

²³ Sampaio (2010, p. 13-16) enumera a terminologia em vários países.

²⁴ Cunha Júnior (2010b, p. 535-537) faz uma abordagem histórica sobre tais nomenclaturas.

²⁵ Segundo Sampaio (2010, p. 20), há uma justificativa para esta “terminologia variada”: “O que temos como um das razões da terminologia variada é a necessidade de multiplicar as confusões em campo de significativo papel transformador da sociedade. É que os direitos fundamentais como sistema integrado conduzem à revelação de assimetrias de poder político, econômico e social, desmascarando relações de dominação que ficam encobertas pelas formas do direito, privado sobretudo. Esse caráter potencialmente emancipatório é neutralizado por diversionismo terminológico que, ao gerar um dicionário de difícil manuseio, obriga o custo de prévio esclarecimento da linguagem com naturais divergências de compreensão e enfoques variados que obstaculizam a sua existência real.”

²⁶ Dimoulis e Martins (2011, p. 49) conceituam direitos fundamentais como “[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.” E Marmelstein (2011, p. 20), por sua vez, os define como “[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito [...]”, que, frise-se, “[...] por sua importância

J. Silva (2001, p. 182) apresenta o seguinte conceito:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Um direito para ser fundamental, assim, como o próprio nome sugere, deve servir de fundamento para algo. E que “algo” é este? São, justamente, aqueles valores²⁷ que servem de fundamento para uma sociedade, “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. Não esqueçamos que um direito fundamental é um direito não só importante, mas imprescindível; não é só necessário, mas fundamental²⁸, até porque “[...] falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção de todos os demais direitos previstos no Ordenamento Jurídico [...]” (FERNANDES, 2011, p. 227). É um direito que não se finaliza em si mesmo, mas que acaba por irradiar e legitimar o ordenamento jurídico como um todo. Em outras palavras, “Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 271). Enfim, “[...] os direitos fundamentais só são fundamentais porque

axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.” Cunha Júnior (2010b, p. 539) assim os define: “São direitos que, embora radiquem do direito natural, não se esgotam nele não se reduzem a direitos impostos pelo direito natural, pois há direitos fundamentais conferidos a instituições, grupos ou pessoas coletivas (direitos das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos, das empresas, etc.) e muitos deles são direitos pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com suas legítimas opções e com condicionamentos do respectivo Estado.”

²⁷ Barroso (2013b, p. 61) ensina que “Um valor é um conceito axiológico.”

²⁸ Essa observação pode ser comprovada, por exemplo, pela simples leitura do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

cotidianamente se reinventam na concretude das nossas vivências [...]” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 08).

A formatação da teoria dos direitos fundamentais, nesses termos, teve, entre outras, a virtude de fomentar os debates que antecedem as inovações legislativas, trazendo para o parlamento as discussões que envolvem os valores sagrados para a nossa sociedade e que, não raro, ganham força normativa sob a roupagem de princípios.

1.4 O valor como mecanismo ideológico legítimo de opção legislativa: sistema de escolhas constitucionais e a politicidade das escolhas. O valor e os princípios: novas e velhas reflexões

O andar da História traz consigo as conquistas humanas e, também, os problemas decorrentes deste caminhar. Nada é visto e sentido – ao menos, não deveria ser - como uma experiência maniqueísta, de onde se extraem apenas vitórias ou derrotas, sem o lado virtuoso ou vicioso congênere. Assim é com a Medicina, com a Engenharia e com o Direito, entre outros. Vale dizer, as conquistas filosóficas e científicas originárias da evolução humana trazem consigo, igualmente, novos e velhos problemas, em um processo evolutivo em constante ebulição e erudição.

Nos últimos séculos, o jurista caminhou, como visto, de uma filosofia jusnaturalista, passando pela corrente positivista e se ancorando no pós-positivismo, com todas as suas nuances metodológicas. Neste caminhar, observou-se um aprimoramento das concepções filosóficas, de modo que o surgimento de uma nova corrente filosófica não significou, necessariamente, o esquecimento de sua antecedente, marco teórico de uma processo evolutivo. Significa que a evolução do pensamento é afável com um processo de aprimoramento mental, e não necessariamente consentâneo com o pensamento

desconstitutivo. É necessário lembrar que “O Direito é essencialmente uma coisa viva. É chamado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, se modificam.” (AZEVEDO, 2000, p. 149). Não só. É necessário lembrar, também, que “A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizando-a, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se.” (AZEVEDO, 2000, p. 149). Como dito, “[...] o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional.” (BARROSO, 2013a, p. 121).

O caminhar da História revelou que a positivação de direitos era uma decorrência lógica do sistema jurídico, cada vez mais preocupado com segurança jurídica, isto porque “As teorias positivistas buscaram estabilizar expectativas sem recorrer a tradições éticas como suporte para a legitimidade das normas jurídicas.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 46). A legitimação normativa passou de uma concepção naturalística para uma concepção formalista.

O positivismo alimentou-se da crença na estabilidade do Direito e no formalismo, como formas de justiça e segurança jurídica²⁹, identificando-se “[...] com a Dogmática Jurídica da modernidade, que sucedeu ao modelo Jusnaturalista.” (RAMOS, 2010, p. 37). Neste contexto, observa-se que a norma era, no âmbito positivista, a regra escrita, o Direito posto, o Direito legislado, no afã de uma pretensa estabilidade e segurança jurídica. Enfim, o Direito era o que a lei dizia ser³⁰. Desse modo, o positivismo “[...] criou o maior dos mitos, o mito da ciência, do saber absoluto, como se fôssemos capazes de produzir algo eterno, imutável, perfeito, enfim, divino.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 28). Não só. Viu-se, dessa forma,

²⁹ “A técnica jurídica, indispensável à construção e aplicação do direito, é subvertida, funcionando como cortina de fumaça em que se ocultam os interesses em questão, tornando-se a aferição de seu valor e, em consequência, de sua escolha.” (AZEVEDO, 2000, p. 63).

³⁰ “A teoria positivista da interpretação, ao igualar em essência as tarefas legislativa e judicial, especialmente diante de *hard cases*, nivela as distintas lógicas subjacentes, causando uma profunda confusão entre argumentos cuja distinção é cara a toda a estrutura das sociedades modernas: *argumentos de política* e *argumento de princípio*.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 54 e 55).

que “O modelo positivista de uma ciência jurídica pura, refinadamente técnica, traz consigo o ideal de uma ciência tranquilizante, não emblemática, na verdade elitista, tanto do ponto de vista de suas matrizes intelectuais quanto de sua destinação.” (AZEVEDO, 2000, p. 63).

O pós-positivismo, de sua parte, como visto, surgiu a partir do esgotamento teórico e empírico positivista, e com o aperfeiçoamento da concepção de que o Direito deve representar, também, uma ordem de valores, uma vez que “[...] é por meio da noção de valores que se pode identificar os preceitos fundamentais, que estão diretamente ligados aos valores supremos do Estado e da Sociedade.” (CUNHA JÚNIOR, 2010a, p. 279). Observe-se que Barroso (2013a, p. 135), ao se referir ao pós-positivismo, ensina que “Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.”

Formatou-se, assim - e isto deve ser dito mais uma vez -, um verdadeiro sistema de valores, valores estes constantes também e principalmente nos princípios jurídicos, uma vez que, na lição de Barroso (2013a, p. 43), os valores ingressam no mundo do Direito na forma, não raro, de princípios.

Ter-se-ia, assim, um sistema constitucional de valores, expresso em textos (constitucionais) referenciais, verdadeiras constituições dos sentimentos e ambições de um povo, uma vez que “Há como que uma sede valorativa no nosso tempo.” (CUNHA, 2008, p. 43 e 44). Anote-se, na concepção de Grau (2002, p. 20), que o Direito é alográfico, “[...] porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador.”

O pós-positivismo, nesse sentido, buscou preencher o conteúdo das normas com padrões da vivência do cotidiano, não só de legalismo, dando nuances de ética, de moral, de historicidade ao Direito, mesmo porque é necessário que “[...] o Direito em geral e, em especial, o Direito Constitucional, sejam uma efetividade viva, ou seja, que se traduzam na vivência cotidiana de todos nós.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 40). Neste

contexto, “[...] supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e os outros domínios do conhecimento.” (BARROSO, 2013a, p. 35).

Os valores constitucionais, escolhidos e positivados democraticamente pelos representantes do povo, dos Estados e do Distrito Federal, e concretizados na forma de princípios³¹, com plasticidade diferenciada, revelam os direitos fundamentais de uma sociedade, baseados, conforme Marmelstein (2011, p. 13), nas seguintes características, entre outras: “[...] (b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; [...] (d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana.” A partir deste raciocínio, os imperativos éticos passaram a se constituir verdadeiros imperativos jurídicos³².

Enfim, é de se salientar que o intérprete-juiz se encontra diante de um Direito positivado, mas também de uma ordem de valores estabelecida, valendo a visão de que ele “[...] não pode ser indiferente à justiça e menos ainda à sua realização no caso concreto [...]”, sendo “[...] indispensável à adequada evolução do direito.” (AZEVEDO, 2000, p. 119). E, valendo-se das lições de Cunha (2008, p. 43), “Uma das vontades que mais à evidência ressalta na análise de textos constitucionais hodiernos é a de fundar as sociedades actuais em valores.”

A síntese é de Cunha Júnior (2006, p. 11 e 12):

O princípio jurídico se destaca como a *pedra angular* desse sistema de normas. Ou, poder-se-á afirmar, aqui apressadamente, que os princípios de Direito consagram os

³¹ Cunha (2008, p. 52) fala que “[...] os valores estão acima dos princípios [...]”, evidenciando a importância deles.

³² Binenbojm (2014, p. 50) trabalha com esta lógica: “A partir do que se convencionou chamar de *virada Kantiana*, dá-se uma reaproximação entre ética e direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos direitos fundamentais e do debate sobre a teoria da justiça, fundado no imperativo categórico, que deixa de ser simplesmente ético para se apresentar também como um imperativo categórico jurídico.”

valores (democracia, liberdade, igualdade, segurança jurídica, dignidade, estado de direito etc.) fundamentadores do sistema jurídico, orientadores de sua exata compreensão, interpretação e aplicação e, finalmente, supletivos das demais fontes do direito (tridimensionalidade funcional dos princípios).

Estamos, assim, diante de um sistema de escolhas, naquilo que Freitas (2009, p. 9) chamou de “Estado das escolhas administrativas legítimas.”, sendo que o povo, através de sua representação legítima, escolheu determinados valores que são expressos constitucionalmente por intermédio de princípios, consignando-se que “[...] os valores integram a Carta Fundamental.” (FREITAS, 2009, p. 11). Desse modo, embora direitos sejam positivados, a aplicação destes direitos deve seguir uma vertente hermenêutica³³, o que leva o intérprete, na busca da norma a ser aplicada ao caso concreto (norma adequada), guiar-se pelos valores legitimamente escolhidos pela sociedade, e que são expressos, não raro, através dos princípios constitucionais.

Enfim, os valores passaram a ser catalogados constitucionalmente, através principalmente dos princípios, e estes tiveram reconhecida a sua força normativa, “Isto por ser a Constituição Positiva o mais *onivalente* repositório de valores jurídico-democráticos. A casa normativa deles, por excelência.” (BRITTO 2010, p. 87). Os valores, neste contexto, evidenciam-se como verdadeiros mecanismos ideológicos de opção legislativa, integrando o sistema legal/constitucional e funcionando como vetores hermenêuticos. A importância deles é tanta³⁴ que Barroso (2013a, p. 107), ao escrever sobre o sucesso do constitucionalismo³⁵, aponta uma de suas razões exatamente a existência de valores, no sentido de “[...]”

³³ Não podemos esquecer que “[...] a Hermenêutica é o capítulo da Teoria do Direito que vai centradamente orientar o processo de compreensão dessa ou daquela norma jurídico-positiva.” (BRITTO, 2003, p. 143).

³⁴ Kelsen (1998, p. 24) entende que “O valor que reside na correspondência-ao-fim é, portanto, idêntico ao valor que consiste na correspondência à norma, ou ao valor que consiste na correspondência-ao-desejo.”

³⁵ Pessoa (2009b, p. 63) ensina que “[...] neoconstitucionalismo se identifica com um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional.”

incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.”

Consigne-se, no mais, que boa parte destes valores escolhidos pelo legislador constitucional se encontra presente no art. 5º da Constituição Federal, destinado aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, especificamente aos “DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS”. Tais escolhas, de cunho político (opções políticas), evidenciam a politicidade dos direitos fundamentais³⁶, mas não os tornam menos jurídicos³⁷, até porque os princípios político-constitucionais são “[...] decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo [...]” (SILVA, J., 2001, p. 97). Dimoulis e Martins (2011, p. 18) manifestam-se neste exato sentido: “Mas se a politicidade dos direitos fundamentais não pode ser negada, de outro lado não se constitui em uma qualidade específica da matéria nem os torna menos jurídicos, já que todo o direito tem caráter político.”

Os valores constitucionais, previstos expressamente no texto constitucional, são, assim, não meros sinais de intenções políticas, mas verdadeiras fontes normativas de onde se extraem as normas que serão (ou poderão ser) aplicadas aos casos concretos. Sobre o tema, Cunha (2008, p. 49) assim se manifesta:

Elevar algumas aquisições constitucionais (ou novos olhares sobre velhas aquisições) a valores constitucionais, ainda que seja um certo “barbarismo” ou “profanação” aos olhos de alguns, pode, afinal, conferir mais dignidade (social,

³⁶ Válida é a lição de Santos Neto (2008, p. 287) ao se debruçar sobre o tema: “Os direitos humanos fundamentais apontam para bens e necessidades do homem e de sua vida dentro da convivência jurídico-política, o que permite que a discussão seja levada em termos de valores éticos ou de valores jurídicos ou, ainda, de valores políticos e estes valores, ainda que não sejam direitos humanos fundamentais, com eles guardarão relação [...]”.

³⁷ Dimoulis e Martins (2011, p. 17) vão ao cerne do problema: “Essa postura, que predominou na França por dois séculos e influenciou o pensamento constitucional mundial, continua presente no Brasil como indício de uma inércia histórica. Tais posicionamentos desprezam o valor jurídico do texto constitucional, apresentando-o como espécie de manifesto ou programa político (daí serem suas normas denominadas ‘programáticas’) e atribuindo relevância somente às normas infraconstitucionais que são caracterizadas por terem maior concretude.”

mediática, popular) ao discurso da Constituição axiológica (que não só constituição política, econômica, etc.).

A politicidade dos valores constitucionais reveste-se de legitimidade porque é “Fácil perceber que são eles, os valores, usinas de comportamentos sociais convergentes, porque internalizados como bens coletivos; quer dizer, **bens que favorecem a todos.**” (BRITTO, 2010, p. 79). A inserção de tais valores no âmbito jurídico-legal, sob a roupagem de princípios³⁸, obedece a uma lógica das sociedades modernas³⁹, uma vez que “A defesa de uma ordem objetiva de valores está enraizada na cultura ocidental.” (SAMPAIO, 2010, p. 72), e “[...] os valores, assim guindados à condição de *locomotivas sociais*, vão-se tornando leis em sentido natural.” (BRITTO, 2010, p. 79).

Anote-se, em tempo, que o Direito é uma ciência cultural e, como tal, amolda-se ao seu tempo presente. E os valores cultivados e cultuados pelas sociedades é que influenciam (ao menos, deveriam influenciar) o próprio Direito. Enfim, “O Direito, enquanto fato cultural, é criado pelo homem como um meio para a realização de valores, tais como a justiça, a segurança, a igualdade, a liberdade, a dignidade, a moralidade, entre muitos outros.” (NOVELINO, 2011, p. 208).

³⁸ Saliente-se que o fenômeno da força normativa dos princípios tem reflexos também no Direito Administrativo. Vejamos, por todos, o entendimento de Silva, C. (2012, p. 130 e 131): “No atual estágio da dogmática do Direito Administrativo entende-se que as pautas vinculativas da Administração Pública já não se limitam apenas à lei, incorporando também os princípios, cuja natureza normativa constitui a tônica do que se compreende por pós-positivismo, em que, além do *direito por regras*, incorpora-se à dimensão jurídica o *direito por princípios*, o quais, possuem estatura constitucional e fundamental a ordem jurídica, sendo resultantes da necessidade de conjugar valores plúrimos, assegurando consistência e compromisso em textos constitucionais inevitavelmente dúcteis.”

³⁹ Tavares (2012, p. 65), em preciosa obra, assim leciona: “Nesse sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado).”

No mais, há de se anotar que tais valores constitucionais, guindados à condição de princípios constitucionais, passam a ser referenciais de todo o sistema jurídico, pois não se concebe que a legislação ordinária venha a enfrentar, no sentido de pretender se contrapor, um valor que foi escolhido no plano constitucional, pela via democrática, e disto se extrai a sua legitimidade. Observe-se que, como ensina Britto (2010, p. 88), “[...] os valores de berço constitucional são o hierárquico referencial de todos os outros valores de matriz infraconstitucional.”

Tem-se, assim, um sistema que encerra uma lógica referencial, não só para as regras, mas para os valores guindados à condição de princípios constitucionais, os quais se conduzem ao patamar de valores dos valores⁴⁰. E “[...] o aplicador do direito no Brasil deixou de ser um autônomo para transformar-se num defensor dos valores constitucionais.” (BERTONCINI, 2007, p. 165).

Contudo, os valores, por si sós, não são fontes normativas, uma vez que, como se sabe, e se viu, têm força normativa as regras e os princípios. Assim, “[...] se os valores são valores, não são normas, nem as normas são valores.” (SANTOS NETO, 2008, p. 287). Neste mesmo sentido, é a lição de Pereira (2006, p. 116): “Desde o ponto de vista que admite a inclusão dos valores no campo da argumentação jurídica, é freqüente o entendimento de que estes integram o conteúdo das normas jurídicas, mas não ostentam, eles próprios, natureza normativa.” Não obstante, “Os valores intervêm, num dado momento, em todas as argumentações.” (PERELMAN, 2002, p. 84).

⁴⁰ Este é o entendimento de Britto (2010, p. 88): “Deveras, sendo a Constituição a lei de todas as leis que o Estado produz, os valores nela positivados são também os valores de todos os valores que as demais leis venham a positivar.”

Assim, os valores, enquanto valores, têm base axiológica, mas, só eles, por existência natural, e não por opção político-legislativa, não têm força normativa⁴¹. Isto porque “[...] os valores são entendidos como suporte ou substância axiológica de determinada norma positivada (regra ou princípio).” (PEREIRA, 2006, p. 116 e 117), mas não têm força normativa sem que antes se submetam ao procedimento de escolha legislativa, não obstante sejam “[...] estrelas iluminadoras, de alto sentido ético geral.” (CUNHA, 2008, p. 316).

No mais, há uma diferença entre os valores e os princípios que transplanta a questão da escolha constitucional. Os primeiros vagam pelo ambiente do natural, do humano, enquanto os segundos tomam forma de texto. Os valores têm como parâmetro o que a sociedade enxerga como melhor, enquanto os princípios revestem-se do paradigma do devido. Em suma, “[...] enquanto no modelo dos princípios se estabelece o que é, *prima facie*, devido, no dos valores se diz o que é, *prima facie*, melhor [...]” (SANTOS, F., 2010, p. 57)⁴². Este também é o entendimento de Alexy (2008, p. 153):

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

⁴¹ Anote-se a observação de Perelman (2002, p. 87): “De fato, sejam quais forem os valores dominantes num meio cultural, a vida do espírito não pode evitar apoiar-se tanto em valores abstratos como em valores concretos.”

⁴² Vale a observação de F. Santos (2010, p. 72): “Os princípios caracterizam-se por apresentarem uma pretensão binária de validade e, portanto, são válidos ou inválidos, validade essa que apresenta, como já adiantamos, um sentido absoluto de uma obrigação incondicionada e universal, de sorte aquilo que é prescrito pretende ser bom para todos e não apenas para nós, em igual medida. Ademais, eles jamais podem ser considerados contraditórios e devem guardar uma relação coerente e, assim, formar um sistema. Os valores, por sua vez, distinguem-se por estabelecerem relações de preferência e dizem-nos que certos bens são mais atraentes que outros, de sorte que, em relação a proposições valorativas, podemos estar mais ou menos de acordo. Neste sentido, apresentam um sentido relativo e jamais absoluto, porquanto a sua atratividade é sempre determinadas culturas e formas de vida adotadas ou herdadas de uma particular comunidade jurídica, formando, assim, configurações flexíveis e repletas de tensões. Por isto, os valores estão sempre em luta entre si a fim de obterem a prevalência.”

Dessa forma, os valores enquanto valores⁴³ se baseiam naquilo que a sociedade entende como bom, e os princípios vinculam-se, por preencherem espaços normativos, ao âmbito do dever-ser. Em outras palavras, “Se os princípios vinculam-se ao âmbito do dever-ser, os valores ligam-se ao âmbito do bom.” (SANTOS, F., 2010, p. 58).

Evidencia-se, dessa maneira, que há uma diferenciação entre regras, princípios e valores, de forma que estes dois últimos têm campo de atuação próprio, como bem esclareceu Martins (2013, p. 187):

O reconhecimento do sistema jurídico como incompleto, dinâmico e aberto proporciona sua visualização através de valores, princípios e regras. Enquanto as últimas correspondem geralmente ao ideário da segurança jurídica, os princípios, por clara flexibilização, atuam no campo da justiça, ao passo que os valores têm a especial magnitude de construção do sistema jurídico, especialmente, como se viu, através da cultura e da experiência.

Há, assim, em uma linguagem simples, um vínculo entre as regras e o ideário da segurança jurídica, os princípios e a busca por justiça, os valores e a construção do sistema jurídico. Desta forma, “O novo século se inicia fundando na percepção de que o direito é um sistema aberto de valores.” (BARROSO, 2013a, p. 127).

1.5 O juiz constitucional e o juiz “boca da lei” (*la bouche de la loi*). A linguagem e sua densidade normativa. A busca pela norma adequada

⁴³ Jacintho (2006, p. 27) assim conceitua valor: “O valor é uma escolha, ou melhor dizendo, uma possibilidade de escolha entre várias possibilidades que se apresentam moralmente, que tanto induz a que se opte por cada uma delas, como orienta a que sejam descartadas, por inadequadas.”

Essa nova ordem constitucional de valores só teria sentido, obviamente, se os princípios norteadores de todo o sistema jurídico tivessem uma característica que os diferenciasse da legislação ordinária, uma força jurídica maior, uma importância sistêmica maior. Na concepção Kelsiana, a Constituição Federal é o topo do ordenamento jurídico⁴⁴. Desse modo, os valores cultivados por uma sociedade podem e devem constar, na condição de regras e, especialmente, de princípios, no texto constitucional.

Assim sendo, o intérprete maior do texto constitucional, o magistrado, norteia a sua atividade normativa, como visto, não só com as regras previstas pelo Direito posto, como, de resto, com os princípios insertos no texto constitucional. É que, como se sabe, “Para o discurso jurídico se possa articular de modo satisfatório, é necessário que seja animado por um conveniente ‘trânsito’ lógico-axiológico.” (AZEVEDO, 2000, p. 34 e 35).

Nesse contexto, é absolutamente inconcebível a figura do juiz aplicador do Direito, como se esta operação mental, antecedida de um processo de compreensão e de interpretação, fosse uma operação puramente mecânica⁴⁵. Se assim fosse, os juízes poderiam se substituídos, com facilidade, por devotados cultores de textos legais; se assim fosse, aos juízes não seria permitido deixar de aplicar uma regra, mesmo que esta regra se revelasse contrária a valores historicamente cultuados no âmbito social e eventualmente transformados em princípios; se assim fosse, a atividade judicante seria uma atividade solitária, sem a influência dos costumes

⁴⁴ Consigne-se que, conforme Santos Neto (2008, p. 33), “O conceito de *ordenamento jurídico* pressupõe a existência de um *conjunto*, de um *complexo* de *normas*, o que leva, muitas vezes, a se adotar a expressão (*ordenamento jurídico*) como sinônima da locução *direito*, sem embargo desta palavra (*direito*) ser utilizada, indistintamente, ora para indicar uma ‘norma jurídica em particular’, ora para apontar ‘um determinado complexo de normas jurídicas’; [...]”

⁴⁵ “Poder-se-ia imaginar – e não foram poucas vezes a sustentar isso – que ao juiz caberia apenas a aplicação (supostamente automática) das leis, cuja elaboração, por seu turno, confere-se exclusivamente ao Legislativo (na clássica e falaciosa dicotomia entre comando e comandado, entre legislação e aplicação), que assim deve ser considerada superada.” (TAVARES, 2012, p. 38). No mesmo sentido, Grau (2002, p. 31): “A evolução da reflexão hermenêutica permitiu a superação da concepção da interpretação como técnica de subsunção do fato no alveo da previsão legal e instalou a verificação de que ela se desenvolve a partir de pressuposições.”

locais, das outras ciências, da moral⁴⁶, da ética⁴⁷ etc. E, não esqueçamos, “[...] a neutralidade política do intérprete só existe nos livros.” (GRAU, 2002, p. 45).

Desse modo, o Direito passou a ser não uma ciência solitária, desapegada do mundo científico, notabilizada pelo isolamento. Ele passou a sofrer as influências típicas de seu contexto social, a se corresponder e a se complementar com a ética, com a moral, e os outros domínios do conhecimento, uma vez que “[...] o Direito, ao recepcionar o abstrato conteúdo moral, fornece à moral maior densidade e concretude, recebendo da moral, por sua vez, legitimidade.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 161), não deixando de compreender que, conforme anotou Alexy (2009, p. 03), “O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral.” E nesta abordagem, Kelsen (1998, p. 71) faz interessante anotação:

Estabelecido que o Direito e a Moral constituem diferentes espécies de sistemas de normas, surge o problema da relação entre o Direito e a Moral. Esta questão tem duplo sentido. Pode com ela pretender-se indagar qual a relação que de fato *existe* entre o Direito e a Moral, mas também pode se pretender descobrir a relação que *deve* existir entre os dois sistemas de normas.

A abordagem é válida porque apresenta dois âmbitos de enfrentamento da relação: a que de fato existe e a que deve existir. Vale dizer, um ponto de chegada é discutir a relação entre o Direito e a Moral que efetivamente existe, no âmago de suas influências recíprocas, de seus

⁴⁶ Manifestando-se sobre os argumentos morais e éticos, Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 102 e 103) ensinam que “Uma vez integrados na norma jurídica, entretanto, tais argumentos morais (que dizem respeito ao que é justo), ético-políticos (referentes à auto-compreensão valorativa dos cidadãos e aos projetos de vida coletivos que pretendem empreender), bem como pragmáticos (de adequação de meios e fins) passam a obedecer à lógica deontológica dos discursos jurídicos, com seu código binário de validade.”

⁴⁷ “Admite-se aqui a influência da consciência ética que o intérprete-aplicador partilha com a sociedade em que vive. Não se trata da imposição voluntarista de concepções éticas pessoais, que não atenderiam à necessidade de uma justificação correlata ao desempenho de função estatal, mas da tentativa de expressar o sentimento de justiça radicado no meio social de onde provém o operador do direito e para o qual se dirige.” (RAMOS, 2010, p. 101).

paradigmas etc. Outro ponto de chegada é a relação que deveria existir, naquilo tido como ideal. Quanto à primeira, Kelsen (1998, p. 71) entende que “[...] por vezes o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita pelas normas da Moral.” Assim, “[...] o Direito pode ser moral [...]” (KELSEN, 1998, p. 71), ou seja, justo, “[...] mas não tem necessariamente de o ser [...]” (KELSEN, 1998, p. 71).

Voltando à anotação inicial, o intérprete, e isto se sabe, analisa os textos legais e os fatos⁴⁸, e, assim, todo o ambiente social, histórico, geográfico em que se encontra inserido acaba influenciando em sua compreensão e em sua atividade interpretativa. Desta forma, “[...] a noção de que o Direito pode ser impermeável à interpretação moral é equivocada.” (PEREIRA, 2006, p. 121). Contudo, as influências vagueiam pelo campo das influências, sabendo-se que “Direito não é moral.” (STRECK, 2013, p. 149)⁴⁹.

O juiz constitucional é, assim, um operador do Direito que aplica a lei ao caso concreto com base no Direito posto e nos valores constitucionais estabelecidos pelo povo, através do Parlamento. A operação de aplicação do Direito posto ao caso concreto é uma operação mental, de compreensão dos fatos⁵⁰, das pessoas envolvidas, dos costumes locais, e de tudo que de alguma forma diz respeito ao caso levado ao conhecimento do Poder Judiciário. Grau (2002, p. 31) diz “Ser uma prudência o direito, isso também explica sua facticidade e

⁴⁸ Segundo Grau (2002, p. 16), “O intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(eis) ao caso.”

⁴⁹ Streck (2013, p. 149) leciona que “Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as sugestões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes quem tenham DNA constitucionais, e não na vontade individual do aplicador.”

⁵⁰ Grau (2002, p. 16), quanto à atividade de compreensão e de interpretação, assim anota: “O fato é que praticamos sua interpretação não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos.”

historicidade, razão pela qual sua operacionalização reclama o manejo de noções, e não somente de conceitos.” Não se pode imaginar que o magistrado, no contato que tem com o caso concreto, não carregue em si suas impressões pessoais sobre fatos de terceiros, seja com base em valores culturais ou religiosos, seja com base em experiências vividas etc. Enfim, não é o magistrado um ser alheio, por gosto ou obrigação, ao mundo que se lhe apresenta. Assim, não faz sentido fazer dele um aplicador mecânico de regras escritas para eventuais casos concretos, até porque “O Direito manifesta-se também através da linguagem.” (SCHIER, 2007, p. 255).

O ambiente social e jurídico em que se encontra imerso o intérprete-juiz, atualmente, é um ambiente de culto à cidadania, fundamento da República (art. 1º, inc. II da Constituição Federal), salientando-se que “[...] desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços e estes passam a ser vistos como *direitos* próprios da cidadania.” (MORAIS, 2011, p. 39). Em suma, exige-se do intérprete-juiz uma postura ativa no que tange à cidadania, no que tange à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CF), sendo a Constituição Federal uma “[...] referência fundamental para o resgate da dignidade da pessoa humana como único valor apto a se constituir como referência universal.” (MORAIS, 2011, p. 83).

Assim, tem o juiz, na gestão da norma, que se pautar, por exemplo, pelo valor universal da dignidade da pessoa humana. Observe-se que este modelo “[...] conduziu os juízes, na sua evolução histórica, a desempenhar um papel diferenciado (tendencialmente ‘ativo’, como se dirá mais correntemente) na concretização implementadora da Constituição.” (TAVARES, 2012, p. 60).

Enfim, há um novo ambiente constitucional e isto é relevante. Há novos paradigmas a serem enfrentados pelo intérprete-juiz, que goza da prerrogativa de juiz constitucional. E, na Constituição Federal, há inúmeros valores históricos que guiam e iluminam a atividade

judicante, vestindo o magistrado o manto de juiz constitucional, defensor e garantidor dos valores escolhidos pelo povo. Assim, são milimétricas as palavras de Tavares (2012, p. 15):

A superação de certos paradigmas e concepções (como o positivismo formalista), portanto, forçou também – e continua a forçar, daí a ideia de “judicialismo constitucional” como um movimento – os contornos de muitos institutos, além de criar condições de formação de outros que anteriormente haveriam de ser considerados inadmissíveis. E os novos paradigmas que surgiram passaram a demandar outros limites de atuação e outras possibilidades para o sistema de defesa da Constituição. A própria realidade constitucional de muitos países opera como um fator de grande impacto na compreensão do papel do juiz constitucional na atualidade.

Essas reflexões não situam o problema no campo do profano, nem desdizem as construções científicas sobre o tema. Sustentam que o tema, isto sim, fomenta o debate, e a busca pelo conhecimento gera, não raro, mais perguntas do que respostas. O certo é que a positivação de Direitos contribuiu sobremaneira para a sistematização das legislações, mas não solucionou o problema da ausência de força normativa aos princípios constitucionais. Tais princípios, que trazem consigo os valores constitucionais, permitem, como dito várias vezes, uma atividade interpretativa, por parte dos operadores do Direito, mais elástica. Não se trata, obviamente, e isto se verá, com maior vagar, adiante, de permitir que o operador do Direito crie normas ao sabor de sua conveniência. O que se tem com o pós-positivismo é um alargamento – e talvez a palavra seja inusual - da atividade interpretativa do jurista.

Nesse contexto, o juiz “boca da lei” (*la bouche de la loi*)⁵¹, aquele mecânico dos textos legais, simples aplicador do Direito ao caso concreto, é figura vencida, não só por inúmeras razões jurídicas, como também pela sua incompatibilidade com o mundo moderno, com a

⁵¹ Sobre o tema, Azevedo (2000, p. 119) chama este juiz de “juiz escravo da lei” e ensina que: “O reconhecimento de tal margem de liberdade ao juiz conflita flagrantemente com a concepção do *juiz escravo da lei*, conduzindo à admissão de que nem a lei é necessária e rigorosamente bem elaborada, nem seu sentido pode ser unívoco a todas as decisões judiciais, como pretendeu o realismo iluminista.”

necessidade de reconhecimento de conquistas históricas, em um ambiente cada vez mais plural e conectado entre si. Como diz Rocha (2011, p. 174), “O Judiciário não mais se limita a revelar a vontade do legislador (o juiz como *la bouche de la loi*) e nem mesmo a sua atividade se esgota na declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.”

O intérprete-juiz, assim, busca a norma adequada⁵², e sua aplicação ao caso concreto é antecedida da fundamentação normativa, uma vez que, na lição de Alexy (2009, p. 103), “Uma norma é *moralmente* válida quando é moralmente justificada.” Não a única resposta correta a que se referia Dworkin⁵³, mas sim aquela que melhor traduza a vontade do legislador e a que melhor se apresente como efetivamente justa. Desse modo, Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 53) assim lecionam:

[...] o caso em sua concretude e irrepitibilidade deve ser reconstruído de todas as perspectivas possíveis, consoante as próprias pretensões a direito levantadas, no sentido de se alcançar a norma adequada, a única capaz de produzir justiça naquele caso específico.

⁵² Grau (2002, p. 84 e 86) faz interessante distinção entre norma jurídica e norma de decisão. Aquela, a norma jurídica, “[...] é o resultado da interpretação [...]” que “[...] não é só do texto escrito, mas também dos fatos.” E esta, a norma de decisão, é “[...] a norma jurídica aplicada a um caso concreto.”

⁵³ Quanto à resposta correta de Dworkin, assim lecionam Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 55): “O argumento de Dworkin da *única resposta correta* consiste na afirmação de que mesmo nos casos considerados pelo positivismo como *hard cases*, onde não há uma regra estabelecida dispondo claramente sobre o caso, uma das partes pode mesmo assim ter um direito preestabelecido de ter sua pretensão assegurada”. É necessário consignar, em tempo, que “As noções de *lacuna* e *discricionariade* típicas da concepção positivista das normas também são mantidas pela teoria das normas de Alexy, que rejeita a tese da única resposta correta.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 116 e 117).

Em suma, na busca pela norma adequada, deve haver fidelidade ao Direito posto e senso de justiça⁵⁴ na ponderação dos valores constitucionais que flutuam sobre o caso concreto, no sentido de que sejam observados critérios de segurança jurídica e de justiça.

1.6 Os paradigmas constitucionais e sua relevância metodológica. A busca pelo conhecimento e pela integridade do sistema jurídico

Há uma incessante busca do homem pelo conhecimento, pelo aperfeiçoamento das ciências, dos institutos, dos modelos formatados. Este processo evolutivo transita nas conquistas e derrotas humanas, gerando expectativas científicas, campos de atuação experimental etc. No Direito, de mesmo modo, e no âmbito de um cenário pós-positivista, é certo que se busca uma maior integridade histórica e cultural do sistema jurídico. A formatação da ciência jurídica faz parte, assim, desta busca pelo conhecimento, um constante andar para frente, que acaba por contribuir, e não raro contribui, para o surgimento de tensões ideológicas, religiosas etc.

Essa busca pelo conhecimento é acompanhada de intolerâncias de toda ordem e transita no terreno movediço da dúvida. O certo é que “Toda produção de conhecimento requer redução de complexidade e, nessa medida, produz igualmente desconhecimento.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 28). Há, assim, um caminho obscuro a ser preenchido, um universo de dúvidas a ser visitado. E este ambiente é fértil para as tensões científicas que podem e devem surgir.

No âmbito do Direito, as tensões oriundas da busca pelo conhecimento e pelo aperfeiçoamento científico e dos resultados conquistados, vivem em constante ebulição. Neste

⁵⁴ Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 66) falam da necessidade de “[...] que se assegure na decisão, a um só tempo, a aplicação de uma norma previamente aprovada (*fairness* – aqui empregada no sentido de respeito às regras do jogo, algo próximo do que Kelsen denominava certeza do direito) e a justiça no caso concreto, cada caso é único e irrepetível.”

caso, é aconselhável pensar que “É próprio da esfera normativa deontológica, especialmente no caso do direito, o requisito de se lidar com normas contrárias em permanente tensão sem que isso implique em contradição.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 144). Enfim, as tensões e aparentes e efetivas contradições convivem no ambiente científico, sem que isto denote um caminhar para trás.

Observe-se, a título de exemplo, uma eventual confusão mental ocorrida com o aperfeiçoamento dos sistemas de identificação biológica. No mesmo tempo em que a paternidade biológica passou a ter segurança científica, com realização de exames de DNA, a paternidade afetiva passou a ter relevância e primazia jurídicas. Soa como contradição, mas faz parte dos dissensos da ciência.

Nesse contexto, o pós-positivismo, com o aproveitamento da normatividade dos princípios, passou a gerar algumas tensões, principalmente entre os valores, entre os princípios, na busca por nortes ideológicos que muitas vezes caminham em sentidos diversos, como a segurança jurídica, a efetividade etc. Vejamos que “Uma boa explicação para o princípio da publicidade, por exemplo, requer que sempre se tenha em mente o da privacidade, e vice-versa.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 38). Em suma, na ponderação de um princípio constitucional, por exemplo, não se pode deixar de sopesar outro. Deste modo, a construção de paradigmas⁵⁵ minimiza o problema da (aparente) contradição, na medida em que se tem uma resposta minimamente científica para as dúvidas que surjam, salientando-se que “O primeiro e grande desafio é sabermos que se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 42 e 43).

⁵⁵ Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 31 e 32) ensinam, baseados na doutrina de Kuhn, que “[...] podemos sim trocar de paradigmas, mas sempre que o advento de novas gramáticas de práticas sociais permitirem a troca de paradigma, esse vai ser um novo filtro, como óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade.”

No que tange aos Poderes constituídos, o ambiente pós-positivista acabou permitindo uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais⁵⁶, um protagonismo supostamente incompatível por quem deve, em linguagem convencional, apenas “falar nos autos”. E esta atuação mais efetiva acabou gerando especulações de atuação indevida, usurpação de funções alheias etc⁵⁷. O campo de atuação do Poder Judiciário foi, assim, questionado, na medida em que os seus excessos passaram a transformar os juízes em espécie de legisladores paralelos. Assim, “[...] o legislador pode temer o juiz por estar a magistratura a pretender atuar como um *legislador paralelo*, numa espécie de *revisor universal da justiça das leis* e, conseqüentemente, criador do Direito a ser aplicado.” (TAVARES, 2012, p. 22).

Vejamos, assim, que o problema surge quando o juiz, em óbvia atividade legislativa, passa a criar (?) o Direito, gerando uma tensão entre Poderes. Observe-se, ainda, que “Esse tipo de situação pode originar-se de inclinações ideológicas da magistratura, mas não por isso. Pode ser, também, uma espécie de reação da própria à fraqueza e estagnação legislativas.” (TAVARES, 2012, p. 22) A tensão acaba por se duplicar porque, conforme ensina Tavares (2012, p. 23), “A equação aqui é, portanto, do juiz desconfiado que leva ao legislador desconfiado.”

⁵⁶ Sobre isto, vejamos o que ensina Tavares (2012, p. 15): “Aliás, a própria ideia de ‘defensor’ da Constituição é insuficiente para tratar da atuação atual do juiz constitucional que, para além de uma postura passiva, de operatividade apenas pós-violação constitucional, incute a ideia de uma atuação ativa (e ativista), na plena realização constitucional, especialmente uma concretização dos direitos fundamentais e na leitura constitucionalmente conforme das demais regras jurídicas válidas e vigentes. A mudança assim promovida é, em certo sentido, radical e, justamente por isso, tem recebido, ainda hoje, repulsa por parte da doutrina e até por parte da magistratura. Isso se deve, em parte, pela resistência ‘natural’ que costuma se formar contra mudanças significativas no *status quo*, especialmente quando se impõe uma diversificação em estruturas já consolidadas no tempo.”

⁵⁷ Conforme Tavares (2012, p. 59 e 60), “[...] algumas decisões da Justiça Constitucional geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando, por vezes, deflagrar uma situação mais séria de crise institucional.”

Há, assim, uma espécie de guerra fria entre Poderes, na delimitação das fronteiras de suas ocupações institucionais. Contudo, esta relação é naturalmente tensa, sendo consequência do processo evolutivo da ciência e da própria estrutura e divisão de tarefas constitucionais, na medida em que um Poder acaba por frear e se contrapor ao outro. Enfim, o que se vê é um ambiente de desconfiança, fruto, exatamente, desta divisão periférica de funções. No caso em tela, o presente estudo se intromete especificamente na tensão originada da atuação normativa do juiz, uma vez que “[...] o resultado legítimo que essa desconfiança pode provocar, está ligado ao tema da interpretação e o papel do juiz na interpretação das leis e da Constituição.” (TAVARES, 2012, p. 25 e 26).

O que se sabe é que a normatividade dos princípios possibilitou ao intérprete-juiz, como dito, um alargamento de sua atividade de interpretar e de aplicar o Direito ao caso concreto. E, considerando-se que o Direito posto deixa lacunas que devem ser preenchidas, muitos temas acabam por ter a última palavra dada pelo Judiciário, que é instigado a solucionar conflitos⁵⁸, quando tais temas poderiam ser resolvidos pelo Parlamento⁵⁹, através de suas escolhas políticas. Contudo, “O conhecimento produzido também produz, em igual medida, desconhecimento.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 28), e esta atuação do

⁵⁸ Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 21 e 22) ensinam que “[...] nós, até hoje e a cada vez mais, escrutinamos, todos os dias, os nossos usos, costumes e tradições para discernir os que podem continuar a sê-lo, daqueles que, quando questionados à luz do conteúdo do sentido sempre renovado desses crivos, passam a ser vistos como abusos e discriminações.”

⁵⁹ Tavares (2012, p. 67), sobre a famigerada falta de legitimidade do Poder Judiciário para manifestar-se sobre questões políticas, assim se manifesta: “Esse tema, contudo, também não será objeto de desenvolvimento aqui, embora uma concepção de legitimidade exclusiva do Parlamento na tomada de decisões materiais afaste a legitimidade do juiz constitucional e deva ser, nesse sentido, descartada de imediato, porque não conduz necessariamente à preservação e melhor compreensão dos direitos fundamentais na sociedade complexa, seja pela incapacidade orgânica dos parlamentos atuais, incapazes de compor uma unidade (mínima) imprescindível à ordem jurídica, seja pela sua inefetividade geral, seja, ainda, pela *responsabilidade constitucional*, que não é exclusiva dos parlamentos.” Adiante, Tavares (2012, p. 104) enumera argumentos favoráveis à legitimidade do Poder Judiciário: “(i) a própria Constituição, fruto da vontade soberana de uma sociedade, admite os termos em que a Justiça Constitucional pode e deve atuar, inclusive vinculante a outros órgãos estatais; (ii) a capacitação técnica é uma das melhores formas de legitimidade; (iii) a promoção dos direitos fundamentais (legitimidade pela representatividade eletiva), pois a legitimidade democrática não depende apenas da formação de maiorias votantes.”

Judiciário tem sido enxovalhada sob o argumento de ativismo judicial⁶⁰, expressão chula⁶¹, que exprime, em síntese, invasão da atividade parlamentar por juízes⁶². Contudo, é válido anotar que “Ativismo nem sempre será sinônimo de populismo.” (TAVARES, 2012, p. 23)⁶³.

O importante, nesse contexto, é debater que (a) esse “protagonismo”⁶⁴ do Poder Judiciário foi alargado com o reconhecimento da normatividade dos princípios; (b) que isto acaba fomentando uma natural tensão entre Poderes; e que (c) a noticiada “criatividade normativa” não constitui, necessariamente, inovação legislativa, e há marcos teóricos para contornar eventuais abusos e anomalias.

1.7 Os inconvenientes do sistema constitucional de valores: indevidas inovações legislativas versus criatividade normativa. Alguns mecanismos de controle do

⁶⁰ O ativismo judicial é, assim, com base na doutrina (RAMOS, 2010, p. 129), “[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivistas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”

⁶¹ Tavares (2012, p. 63) assim se manifesta: “É certo, ademais, que o termo ‘ativismo’, atrelado à ideia de um Estado judicial, ao contrário do que ocorre em outros segmentos, assumiu uma conotação negativa.”

⁶² No caso do princípio da proporcionalidade, por exemplo, Grau (2002, p. 168) diz que “Nossa doutrina o tem, porém, banalizado, de modo a, tomando-o como um princípio superior, pretender aplica-lo a todo e qualquer caso concreto – o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste.”

⁶³ Talvez o que se pretenda, e se tem espaço para isto, é impedir o que se convencionou chamar de “governo dos juízes”. Tais expressões jocosas não são exclusividade do Judiciário, mesmo porque outras existem (Estado policial, golpe parlamentar etc), mas encenam o temor de ingerência indevida da atuação judicial em outros campos que lhe são congêneres. Esta intervenção, no mais, não é fenômeno a ser visto apenas na relação Judiciário x Legislativo ou Judiciário x Executivo. Não raro, noticiam-se intervenções espúrias do Executivo no Legislativo (excesso de medidas provisórias etc), e não se fala em “ativismo legislativo”. No caso do Judiciário, o que se pode observar é um protagonismo, às vezes excêntrico, mas nem por isto anômalo, uma vez que, na concretização dos direitos fundamentais, o poder encarregado da última palavra não pode silenciar.

⁶⁴ Tavares (2012, p. 60 e 61) assim aborda o tema do protagonismo: “A difusão, o desenvolvimento de uma Justiça Constitucional e diversos outros fatores mais pontuais culminaram em um modelo no qual os juízes constitucionais (de uma Suprema Corte ou de Tribunal Constitucional, conforme o modelo adotado pelo Estado) passaram a desempenhar um protagonismo visto por alguns como ‘constrangedor’. Daí se falar em Estado judicial num sentido crítico.”

subjetivismo jurídico: a fundamentação normativa e a sua importância para a segurança do sistema jurídico

Como se viu, o subjetivismo jurídico pode macular a segurança do sistema judicial. Contudo, não se pode confundir duas espécies diferentes, embora próximas, mas com consequências diametralmente opostas. No mais das vezes, como figura de linguagem, arroubo argumentativo, assistimos acusações de inovação legislativa por parte do Poder Judiciário. Vale dizer, é amplo o recurso argumentativo de que o Poder Judiciário invade indevidamente atribuição do Poder Legislativo, verdadeiramente criando regras, obviamente sem antecedente legal; enfim, legislando⁶⁵.

Não se desconhece que tal anomalia ocorre, e é grave. Os Poderes da República⁶⁶ devem ser independentes e harmônicos, como exige o próprio texto constitucional (art. 2º). Quando há invasão indevida no âmbito de atuação de um dos Poderes, por outro, o sistema democrático fica enfraquecido, até porque “A corte constitucional, ao contrário do parlamento, jamais é percebida como elemento natural da democracia.” (MENDES, C., 2011, p. 70). Deste modo, quando um juiz aplica norma ao caso concreto sem correspondência legal ou constitucional, fazendo escolha política sua, criando verdadeira regra nova, por exemplo, rompe com o âmbito de proteção da sociedade, que se baseia na existência de Poderes que devem conviver harmoniosamente. O custo desta anomalia é alto. Trata-se de juiz transvertido na condição de “[...] legislador paralelo, numa espécie de *revisor universal da justiça das leis* e, conseqüentemente, criador do Direito a ser aplicado.” (TAVARES, 2012, p. 22). Contudo,

⁶⁵ Segundo Cardoso (2009, p. 245 e 246), “Não há na teoria de Alexy – que é de um constitucionalismo moderado – um amplo espaço para o ativismo judicial em razão do papel confiado ao Tribunal Constitucional. Este agirá, ainda que pautado por argumentos práticos gerais como fundamento último de suas decisões, como legislador negativo.”

⁶⁶ Sobre a República, Cunha (2008, p. 217) ensina que: “Assim, a República é empenho político na coisa pública, na coisa comum, e não mero conselho de administração de atômicos e conflitantes interesses particulares, quantas vezes mesquinhos. Ela é também liberdade e democracia, com participação e representação.”

“Ao contrário de juízes e cortes, a relação de legisladores e parlamentos com a democracia é tido como mais óbvia e natural.” (MENDES, C., 2011, p. 89).

Não obstante, o que vê, na praxe forense, são acusações de atividade legislativa⁶⁷ por parte de juízes sem que tal anomalia efetivamente ocorra, talvez pela noticiada “verticalização do papel criativo do juiz”⁶⁸. E isto também não é bom para a democracia, ao passo que acaba por desacreditar normas de decisão e por criar cizânias institucionais inúteis. No mais das vezes, não ocorre esta famigerada intromissão judicial em área de atuação legislativa. Há, isto sim, exemplos de criatividade normativa.

Saliente-se, mais uma vez, que o intérprete aplica ao caso concreto a norma produzida a partir de regras e princípios. Vale dizer, aplica a norma, produto de sua interpretação, ao caso concreto, uma vez que “O intérprete faz com que a norma brote do texto.” (ROCHA, 2011, p. 180).

É bem verdade que, valendo-se o jurista da interpretação literal da lei, diante de uma regra sem carga axiológica, a atividade interpretativa resta simplificada. De qualquer sorte, sabendo-se que as palavras têm sentido, também devem ser interpretadas, até porque, conforme Sarlet (2008, p. 75), há um “[...] reconhecimento da dimensão axiológica, isto é, dos valores, ínsita aos princípios, mas também presente nas regras.” Na construção desta norma, baseada em carga axiológica densa, o intérprete busca a integração do sistema, valora princípios, que são encarregados de “[...] atribuir unidade axiológica ou material à

⁶⁷ “Tem-se visto, e é notório, que decisões judiciais vem ocupando espaços de discussão típicos do legislativo. Decisões com essa pecha podem ser frutos de ‘inclinações ideológicas da magistratura’, mas têm origem, também, na ‘fraqueza e estagnação legislativas’.” (TAVARES, 2012, p. 22).

⁶⁸ “A verticalização do papel criativo do juiz, como decorrência da lida com os princípios constitucionais, se de um lado torna a decisão (concretização da norma jurídica) mais adequada à situação fática, de outro, porque de rarefeita previsibilidade, impõe que se intensifique o controle sobre essas decisões, em particular por o uso inadequado dessas normas pode alimentar o que se denominou chamar de crise dos princípios, situação que mais se evidencia quando diante das diferentes justificações atribuídas a um mesmo princípio constitucional.” (ROCHA, 2011, p. 182).

Constituição rígida.” (BRITTO, 2003, p. 170), não determinando “[...] as consequências normativas de forma direta.” (ÁVILA, 2010, p. 37). Este “[...] sistema de positivações axiológicas [...]” (BRITTO, 2003, p. 195) torna a atividade interpretativa mais dinâmica, dando espaço às alegações de indevida atividade legislativa, que pode mesmo existir, mas nem sempre.

Nesse contexto, necessário saber é se efetivamente o que se convencionou chamar de criatividade normativa se trata de produção normativa idônea, dentro dos parâmetros jurídico-legais, ou se é, na verdade, indevida atividade legislativa. Rocha (2011, p. 175) ensina, sem equívocos, que “[...] a densificação ou a concretização da norma constitucional é deferida ao Judiciário e, com isso, é também intensificado o papel criativo do juiz. O Judiciário fica mais exposto e, vez por outra, reaparece o problema da legitimação democrática desse poder.” Enfim, é necessário delimitar se a atividade normativa exercida pelo juiz foi apenas criativa no sentido da inovação interpretativa, ou se ultrapassou os limites da interpretação para verdadeiramente criar regras sem antecedente legal. Deste modo, é válida a observação de Azevedo (2000, p. 118): “Se o mister do juiz é inconcebível sem o exercício de uma certo poder criativo, indispensável à *aplicação de direito*, e não simplesmente da lei, a aporia a que há de fazer face o jurista consiste em determinar seus limites.”

Barroso (2013a, p. 185), ao apresentar as virtudes da Constituição Federal, anota a questão da interpretação criativa:

A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade reinante do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a dogmática jurídica, tem se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista.

Assim, muitas vezes, o intérprete-juiz, ao formular a norma a ser aplicada ao caso concreto, o faz exaustivamente com base no Direito posto, no Direito legislado, a partir de suas convicções, dos princípios catalogados no texto constitucional, não criando regra nova, não legislando, apenas dando, talvez, interpretações diferenciadas (criatividade interpretativa), de forma fundamentada. E, como sabemos, “A fundamentação induz a validade dos pronunciamentos jurisdicionais.” (ROCHA, 2011, p. 181).

No mais, é de se consignar que a linguagem é também simbólica, os valores são reflexivos, os sentidos são perceptíveis de forma diferente, dependente do tempo, do espaço, das pessoas. A maturação mental, a reflexão, a ponderação podem produzir entendimentos diferentes, às vezes até antagônicos, e, desde que a partir do texto escrito, da regra, ou do princípio posto, nada tem de atividade invasora de atribuições legislativas. Interpretações excêntricas podem ocorrer, é verdade; arroubos retóricos, também. Nem por isto, pode-se afirmar, categoricamente, tratar-se de atividade legislativa, que cria dispositivos legais, mesmo porque, “[...] como qualquer texto, também os normativos requerem a contribuição construtiva dos intérpretes ou destinatário.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 131).

É interessante salientar a diferenciação proposta por Grau (2002, p. 22), no sentido de que não há criação de Direito pelo intérprete, no sentido de produção, mas de reprodução. Assim, o intérprete “[...] não é um criador *ex nihilo*; ele produz a norma, sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la.” E este é o x da questão: a reprodução significa que houve uma produção anterior. Deste modo, não há inovação legislativa em boa parte de casos que assim são tratados, mas sim reprodução do Direito, inovação interpretativa, com base na produção legislativa anterior. Enfim, o que se pretende sustentar é que boa parte

das noticiadas invasões de atividade legislativa por parte de juízes não passa de inovação interpretativa⁶⁹.

Vale salientar, em tempo, que o juiz complementa a atividade legislativa; esta ganha vida justamente com o processo de interpretação e de aplicação feito pelo intérprete-juiz; é este que dá vida e sentido aos textos legais, na medida em que eles, os textos, ganham importância prática através dos juízes. Vejamos que Grau (2002, p. 54) deixa claro que este processo complementa a atividade legislativa, na medida em que “[...] o intérprete autêntico ‘produz’ direito porque necessariamente completa o trabalho do legislador (ou do autor do texto, em função regulamentar ou regimental).”

Não só, Grau (2002, p. 74) afasta o mito da criação de normas gerais pelo juiz, o que subverteria a ordem: “[...] ele não cria a norma geral na qual fundamentará a sua decisão, porque essa hipótese implicaria que o caso fosse julgado segundo uma norma criada depois do fato e para o fato – o que contrariaria outros pressupostos da ordem jurídica.”⁷⁰ Anote-se,

⁶⁹ Há um caso que parece emblemático. No julgamento da ADI nº 4277, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível a existência de uniões homoafetivas. O entendimento foi produzido com base, principalmente, em um princípio (princípio da igualdade - art. 3º, inc. IV da CF - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), tendo sido afastadas duas regras sobre o tema (art. 1723 do Código Civil - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família – e art. 226 da Constituição Federal - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento). Barroso (2013a, p. 431-437) enumera, ao seu juízo, os princípios fundamentais violados, no caso em tela: princípios da igualdade, à liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Neste caso, houve inovação interpretativa e não inovação legislativa, uma vez que a norma teve como base princípios constitucionais. Não se defende a decisão, até porque existia uma opção política (uma regra) para o tema. O que se tem em vista, não obstante, é que a norma de decisão foi construída tendo como fontes normativas alguns princípios constitucionais e isto não é teratológico. Tavares (2012, p. 24) apresenta outros exemplos emblemáticos: “[...] fidelidade partidária, verticalização das eleições, definição da possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias, definição do início de vida para fins de aborto, demarcação de terras indígenas.”

⁷⁰ Quanto à discricionariedade judicial, Grau (2002, p. 46) assim anota: “Insisto nisso: o que se tem denominado de *discricionariedade judicial* é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízo de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente;

ainda, e isto é fundamental, que não se pode cobrar inação do Poder Judiciário, quando chamado a solucionar um conflito, com base no Direito posto, e não no Direito inventado (?), se o próprio texto constitucional (art. 5º, inc. XXXV) determina que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”. Enfim, a noticiada judicialização dos fatos (políticos, sociais etc), se existente, em boa medida, acontece porque o Poder Judiciário foi instigado a dirimir conflitos, e não porque assim agiu por conta própria, não podendo se afastar de sua obrigação constitucional.

A anomalia que se discute, aqui, sem a mínima pretensão de esgotar o tema, é a criação de norma sem correspondente normativo (regra ou princípio). Não se trata de inovação interpretativa, mas de verdadeira inovação legislativa. Este é o x exato da questão, na medida em que a força da linguagem⁷¹ pode conduzir a produtos interpretativos (normas) diferentes, dentro de um mesmo contexto principiológico, produzindo-se normas singularizadas, e não normas gerais, tipicamente legislativas. A ponderação de valores relativos à liberdade de expressão, por exemplo, pode ter pesos e medidas diferentes de um caso concreto para outro. Esta realidade conduz à ideia de que podem ser extraídas normas diferentes no âmbito de um mesmo princípio. Contudo, dentro de uma atividade de interpretação, e não de legislação. As considerações feitas são válidas uma vez que, como se viu, “Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.” (SARMENTO, 2007, p. 144).

Nesse campo, como se disse, e se dirá mais vezes, a argumentação jurídica é imprescindível; ela se liga “[...] à ideia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser

o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos.”

⁷¹ Schier (2007, p. 255) leciona que “Ao buscar regular as condutas, a linguagem do Direito transmuta-se em enunciados escritos. Estes enunciados é que podem manifestar-se, após a interpretação diante dos casos concretos, com conteúdo de regra ou de princípio.”

construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas.” (BARROSO, 2010, p. 341). E, na assimilação dos fatos, no peso a ser dados aos valores e na individualização das escolhas, há um campo interpretativo amplo, na produção da norma, tudo a partir – e isto é importante – do Direito legislado.

A norma gestada pelo intérprete-juiz, com base em um princípio constitucional, por exemplo, tende a ser formatada no âmbito de compreensão do Poder Judiciário. A aplicação de uma regra autoexplicativa, ao contrário, parece conduzir à ideia sempre bolorenta de uma norma compreendida pelo Poder Legislativo e aplicada pelo Poder Judiciário. Como se disse inúmeras vezes, esta operação mecânica inexistente. E, sendo assim, os juízos de validade e ponderação dispensados às regras e princípios passam por um processo de maturação mental no âmbito do Poder Judiciário. A criatividade aqui é normativa. As eventuais mudanças são de paradigmas e por isto mesmo a jurisprudência é flutuante, para usar uma linguagem da Economia. A inovação, se existente, é interpretativa (ao menos deve ser). E, não é muito lembrar, a Constituição Federal representa “[...] uma *pauta mínima de conteúdos* [...]” que expressa “[...] os valores básicos a orientar uma sociedade justa, digna e igualitária.” (MORAIS, 2011, p. 93).

Contudo, não raro, as críticas descampam para o argumento retórico, fácil, qualquer, segundo o qual o juiz buscou os holofotes da mídia, as palmas da plateia. Há casos desta natureza, mas são pontuais, e transformar exceção em regra é desmoralizar institutos, pessoas e instituições. Os abusos eventualmente existentes podem e devem ser combatidos com medidas processuais e correicionais. Não obstante, no âmbito de um Direito Constitucional recheado de direitos fundamentais e de garantias constitucionais, não se pode cobrar uma

postura inativa do Poder Judiciário, soberba, menor, tampouco do Poder Executivo e do Poder Legislativo⁷².

Há, nesse embate estéril, de invasões institucionais, o enaltecimento do excêntrico em detrimento do perene. Criam-se, doutrinariamente, figuras pitorescas, para se compreender embates ideológicos facilmente contornados. Tavares (2012, p. 23), por exemplo, denomina de “juiz desconfiado” o magistrado que “[...] sofre sempre a tentação de desvirtuar o sentido da lei ou de substituir-se ao legislador.” O objetivo é “desvirtuar o sentido da lei”. Não se trata de atividade interpretativa; não se trata de compreensão do Direito legislado; não se trata de gestar normas, com base em maturação mental, em juízos de validade e ponderação. Assim, trata-se de exceção, de juiz impostor, caso de Corregedoria, ou de Polícia. Este “juiz desconfiado” não representa o Poder Judiciário nem representa os ideais pós-positivistas. Não é concretizador de direitos fundamentais. É um legislador disfarçado de juiz.

Tavares (2012, p. 25) fala, ainda, de um famigerado “idealismo judicial”, que, sob o artifício de “[...] promover a perfeição das normas que devem reger a sociedade [...]”, na verdade, “[...] usa a desconfiança como justificativa para a usurpação.” O local adequado para as escolhas político-constitucionais é o parlamento. A atuação do Judiciário, assim, vigora no âmbito destas escolhas. Deste modo, o idealismo judicial também não pode ser utilizado como argumento retórico para invasão de atividade estranha à judicial.

Enfim, “[...] a interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma).” (GRAU, 2002, p. 55), e esta interpretação é feita com base metodológica, tendo como pano de fundo as regras e os princípios concernentes à espécie, frutos de escolhas legislativas. Não obstante, há abusos interpretativos, como visto, mas que são contornáveis. E, no mais, é absolutamente necessário que se distinga o que são inovações interpretativas

⁷² Tavares (2012, p. 72) anota que o modelo liberal de Estado “[...] exige por parte do juiz constitucional certo construtivismo.”

(normas jurídicas e normas de decisão) do que são inovações legislativas (normas gerais), estas sim anomalias sistêmicas que devem ser afastadas.

Assim, para viabilizar a aplicação metodológica dos princípios constitucionais, afastando subjetivismos, e dando segurança e harmonia às decisões judiciais, é necessária a adoção de algumas medidas. Só a título de ilustração, é possível citar, entre outras, com base em lições doutrinárias: “a) a necessidade de fundamentação normativa; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.” (BARROSO, 2010, p. 343).

O subjetivismo pode ser afastado, por exemplo, com a observância da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. A norma a ser utilizada não pode ser fruto, como visto de voluntarismos, nem de caprichos interpretativos. Deste modo, o magistrado deve demonstrar e fundamentar os motivos que o levaram a alcançar a norma aplicada no caso concreto, uma vez que “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões [...]” (art. 93, inc. IX).

Não só. Como visto, é necessário o respeito à integridade do sistema⁷³. Em suma, não há espaço para interpretações que comprometam o sistema jurídico-legal como um todo. Se o nosso sistema constitucional ergue o pluralismo político como fundamento da república (art. 1º, inc. V, da CF), por exemplo, não há espaço para interpretações que busquem diminuí-lo.

Necessário, ainda, que a decisão verifique as suas consequências concretas. Em uma ação que busque a interdição de um (único) matadouro municipal, por exemplo, deve o magistrado sopesar as consequências do eventual interdição, uma vez que, é intuitivo, os

⁷³ Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 146) assim se manifestam sobre o tema: “Dessa forma, precisamente porque os princípios são normas abertas, normas que não buscam regular sua situação de aplicação, para bem interpretá-los é preciso que os tomemos na integridade do Direito, ou seja, que sempre enfoquemos um determinado princípio tendo em vista também, no mínimo, o princípio oposto, de sorte a podermos ver a relação de tensão produtiva ou de equiprimordialidade que, na verdade, guardam entre si, a matizar recíproca, decisiva e constitutivamente os significados um do outro.”

moradores não deixarão de ingerir carne, e os abates certamente ocorrerão em locais privados, em quintais, sem a menor vigilância pública.

Nesse contexto, na condição de especial mecanismo de controle do subjetivismo jurídico, dos antes apresentados, encontra-se a fundamentação normativa, de vital importância para a segurança do sistema jurídico. É de se lembrar, mais uma vez, que “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões [...]” (art. 93, inc. IX). No mais, “São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: [...] III - indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais [...]” (art. 43 da Lei nº 8.625/93). E, para não deixar dúvidas, mencione-se que “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento [...]” (art. 14, inc. III, do CPC).

Enfim, para combater o subjetivismo jurídico, privilegiando-se, assim, o correto reconhecimento e a aplicação justa dos direitos fundamentais, vale-se o operador do Direito do mecanismo da fundamentação normativa.

Consigne-se que, como visto, o processo de conhecimento e de aplicação do Direito é alimentado não só pelos textos legais, regras escritas, como se o intérprete fosse um ser alheio ao seu mundo, ao seu tempo⁷⁴. É ingênuo imaginar que reflexos temporais, culturais, históricos, morais, geográficos, éticos, entre tantos, não contribuam para a produção normativa. Como se sabe, “Só pode conhecer e aplicar apropriadamente o direito quem conhece os fatos sociais, sendo capaz de discriminar-lhes os traços característicos, perceber-

⁷⁴ “É na ultrapassagem da abstração das normas jurídicas em direção à concretude dos fatos que se desdobra o processo hermenêutico, conducente à determinação do sentido e alcance das normas, e à consequente aplicação do direito. É neste labor, em que se mostra toda a riqueza e variedade da vida, e que por isto mesmo não pode ser reduzido ao automatismo de uma operação lógico-dedutiva dominada pelo formalismo conceitual, que se faz necessário o engenho do juiz, servido por sua formação tanto jurídica quanto geral. Interpreta ele normas e fatos, aquelas em função da ocorrência destes, buscando encontrar as soluções aos casos que lhe são submetidos.” (AZEVEDO, 2000, p. 133).

lhes o encadeamento, as causas e consequências na estrutura social global.” (AZEVEDO, 2000, p. 71). Em suma, “[...] o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo.” (GRAU, 2002, p. 32).

Contudo, essa produção normativa não é baseada em caprichos, conceitos e preconceitos particularizados. Ela é fruto de um sistema jurídico composto, como visto, por regras escritas e por princípios. E “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.” (GRAU, 2002, p. 34). Deste modo, a norma a ser aplicada ao caso concreto é fruto de uma operação mental que tem como base um conjunto de regramentos legais e de princípios que a limita e delimita. Enfim, não se trata de uma atividade pagã, estéril, órfã. A interpretação pelo juiz não é “[...] uma atividade incondicionada, pois, se assim fosse, os juízes seriam os ‘únicos legisladores’.” (ROCHA, 2011, p. 180). Ela é fruto e semente de um sistema que dá ao intérprete-juiz mecanismos para produção de norma com fundamento legal e/ou constitucional e que melhor se aproxime de um sentimento padrão de justiça. Este sentimento – vamos o chamar assim – não é romanceado ou pueril; é um sentimento social, que paira na comunidade, de forma hegemônica, ou quase isto, como a melhor opção de resolução, dentre aquelas eventualmente chanceladas legislativamente.

É natural, não obstante, que abusos⁷⁵ existam. Há, e a jurisprudência demonstra isto, inúmeras normas de decisão marcadas pelo excentrismo, pela obscuridade, pelo personalismo, preferências pessoais do juiz⁷⁶ etc. De qualquer sorte, essa “abertura” interpretativa, ou plasticidade, fruto da normatividade (pós-positivista) dos princípios, pode contribuir

⁷⁵ Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 28) ensinam que “[...] a aplicação de uma norma, de um princípio, requer que, na unicidade específica e determinada do caso concreto, diante das várias versões dos fatos que se apresentem, se tenha o tempo todo também em mente a norma geral ou princípio contrário, a configurar uma tensão normativa rica e complexa que opere como crivo para discernir, no caso, as pretensões abusivas das legítimas.”

⁷⁶ “Comporta assim uma descrição inadequada da controvérsia que pode conduzir a decisões que anulem direitos em favor de preferências pessoais do julgador.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 148).

sobremaneira para o subjetivismo judicial⁷⁷, considerando que o intérprete se vale não só do Direito efetivamente positivado, da regra objetivamente posta a determinado caso concreto, mas também de sua compreensão⁷⁸ de mundo, do seu olhar sobre os fatos e sobre, principalmente, os valores constantes no texto constitucional, de rica vagueza (democracia, liberdade religiosa, ampla defesa, liberdade de expressão, eficiência etc)⁷⁹.

O subjetivismo judicial, nestes termos, deve ser abolido, uma vez que subverte a lógica do sistema jurídico e compromete a segurança jurídica. Sobre o tema, Azevedo (2000, p. 138) assim se manifesta:

É por ser indubitável o valor da segurança, para a criação, permanência e evolução da ordem jurídica, que não se pode incluir entre os largos poderes, que se advoga ao juiz e que precisa ele exercer plenamente, o de decidir as contendas segundo critérios pessoais. Por não aceitar-se o eventual arbítrio do legislador, não é sensato nem responsável admitir-se o subjetivismo judicial.

⁷⁷ Sarmento (2007, p. 143 e 144) adverte sobre as eventuais injustiças que podem advir do subjetivismo judicial: “Esta nova visão sobre os princípios sem dúvida aperfeiçoou o ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, os princípios conferem maior plasticidade e dinamismo ao Direito, permitindo que ele evolua com o tempo, e tornam, por outro lado, mais íntima a sua relação com a Moral, atuando como válvulas de escape contra graves injustiças. Estas e outras características dos princípios justificam que se celebre a nova importância que eles assumiram no Brasil, sobretudo na última década. Mas o propósito destas linhas não é repetir esta ladainha, já por todos conhecida, e sim mostrar o outro lado da moeda. E a outra face da moeda é o lado do decisório e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juizes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos.”

⁷⁸ Grau (2002, p. 96), com base na doutrina de Gadamer, ensina que “[...] o compreender é dotado de um *movimento circular*: a antecipação de sentido que faz referência ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo.”

⁷⁹ Britto (2003, p. 166), sobre tais valores, anota: “É que as normas principais consubstanciam ou tipificam valores (Democracia, República, Separação dos Poderes, Pluralismo Político, Cidadania, Dignidade da Pessoa Humana, ...) **que são fins em si mesmos**. E os valores são quase sempre *dialogantes* ou interreferentes; quer dizer, os valores integram fortemente e ainda não exigentes de um estado-de-coisas ora mais ora menos concreto para a sua realização.”

“A ‘abertura’ dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido.” (GRAU, 2002, p, 46). E esta retenção é que empresta higidez ao sistema jurídico, salientando-se que, como fez Grau (2002, p, 46) “Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto.”

Contudo, não raro, o intérprete é acometido do vício da imprecisão, da obscuridade, do subjetivismo⁸⁰, enfim. Não só. Neste contexto normativo amplo, o intérprete pode se levar, ainda, pelo personalismo, pelo voluntarismo, e, às vezes, o intérprete-juiz pode indevidamente se intrometer na atividade legislativa, criando, ao seu bel prazer, regras jurídicas não vigentes para aplicação em casos concretos. Em outras palavras, além do subjetivismo jurídico, pode o juiz também invadir a atividade legislativa, usurpando funções que não são suas, ofendendo, explicitamente, a separação dos Poderes⁸¹.

Saliente-se, em tempo, que as relações jurídicas nascem no âmbito da sociedade e só depois da intervenção do Estado, legislando, é que o Direito é posto ao consumo geral. É o que Grau (2002, p. 128) denomina de direito pressuposto e de direito posto, na seguinte forma: “O Estado põe o direito – direito que dele emana – que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto* (direito positivo).” É este Direito posto que deve, assim, nortear a produção normativa, não sendo a “[...] abertura semântica das constituições [...]” (TAVARES, 2012, p. 66) uma desculpa para a existência de subjetivismos jurídicos que acabem por macular a atividade normativa.

⁸⁰ Rocha (2011, p. 180) faz interessante alerta para o problema do subjetivismo jurídico: “E aqui reside um dos grandes problemas da atuação baseada em princípios, consistente na intensificação do subjetivismo, fator que – se de um lado pode ampliar por demais os seus limites -, de outro também pode apequenar a abrangência dessa modalidade prescritiva.”

⁸¹ Art. 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Desse modo, a fundamentação e justificação⁸² normativas são essenciais no combate ao subjetivismo judicial, considerando a necessidade de “[...] ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 43). E as decisões judiciais devem ser efetivamente controladas, não só pela integridade do sistema judicial, mas também para que não se ponha em dúvida a própria correção da decisão. E “Daí a necessidade de um controle mais efetivo das decisões judiciais, inteligência que não elimina, mas certamente mitiga o risco⁸³ da arbitrariedade judicial.” (ROCHA, 2011, p. 181).

É que “Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo transvertido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada [...]”, conforme ensina Sarmiento (2007, p. 144). Assim, a fundamentação idônea, além de mitigar eventuais problemas decorrentes de subjetivismo judicial, pode servir como parâmetro normativo, verdadeiros precedentes judiciais, que devem ser “[...] tratados da mesma forma, perspectiva que assegura a perenidade e a idoneidade dessa modalidade normativa.” (ROCHA, 2011, p. 197).

Enfim, também para o subjetivismo jurídico existem mecanismos de contenção que devem ser cobrados. Trata-se, em bem verdade, de uma segurança jurídica possível – ou de uma insegurança jurídica evitável -, pois, como bem escreveram Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 53), “O sentido do texto normativo, ou seja, a norma, será aquela que a autoridade afirma ser. A segurança jurídica termina por não ser crível, nem mesmo no âmbito do regulado pelas regras jurídicas expressamente positivadas.” Assim sendo, “A abertura dos

⁸² Rocha (2011, p. 196) assim ensina: “[...] importante é que a justificação atribuída a determinado princípio constitucional seja analisada pelo Supremo Tribunal Federal e, mais, que tal análise sirva de parâmetro (*leading case*) para os casos semelhantes.” (ROCHA, 2011, p. 196).

⁸³ Saliente-se que “[...] só podemos enfrentar de fato os riscos quando assumimos sua inevitabilidade, quando desistimos de exorcizá-los, de eliminá-los, e passamos a buscar controlá-los.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 50).

direitos fundamentais [...] não pode servir como argumento que justifique uma diminuição do papel da Justiça Constitucional.” (TAVARES, 2012, p. 68) e a fundamentação normativa tem importância notável nesta tarefa.

Nesse contexto, a partir da formação de uma teoria dos direitos fundamentais, é possível avançar rumo à categorização de uma teoria geral da probidade administrativa.

2. Teoria geral da probidade administrativa no âmbito dos direitos fundamentais: o direito à probidade e o dever de probidade

Viu-se que a teoria dos direitos fundamentais surgiu baseada em algumas premissas, como a “[...] crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente contraditórios [...]” e o “[...] compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 13).

No mais, com o declínio do positivismo jurídico e o advento do pós-positivismo, houve “[...] o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.” (BARROSO, 2010, p. 249 e 250). Assim, formataram-se os direitos fundamentais, verdadeiros alicerces axiológicos de uma sociedade. E, entre tais direitos, encontra-se o direito fundamental à probidade administrativa, com todas as suas nuances teóricas.

No Brasil, quase sempre houve, no âmbito constitucional, a responsabilização do chefe de Estado pela prática de atos ofensivos à probidade administrativa⁸⁴. No âmbito infraconstitucional, os antecedentes legislativos da LIA são as Leis nº 3.164/57 e 3.502/58.

A primeira (Lei nº 3.164/57⁸⁵) foi denominada Lei Pitombo-Godói Ilha e era uma quase repetição do que constava no texto constitucional vigente à época (Constituição Federal de 1946). O art. 1º tinha a seguinte redação:

⁸⁴ Garcia e Alves (2008, p. 165 e 166) lembram que “Com exceção da Carta de 1824 [...] todas as Constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe de Estado por infração à probidade da administração (Constituições de 1891 – art. 54, 6º; 1934 – art. 57, f; 1937 – art. 85, d; 1946 – art. 89, V; 1967 – art. 84, V; 1969 – art. 82, V; e 1988 – art. 85, V).”

⁸⁵ “A primeira – Lei Pitombo Godói-Ilha (n. 3.164) – sujeitava a sequestro e à perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor, por influência ou abuso ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tivesse aquele incorrido.” (BERTONCINI, 2007, p. 25). Segundo Martins (2013, p. 192), “[...] a Lei federal 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha) trouxe

São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêlo incorrido. § 1º – As medidas prescritas neste artigo serão decretadas no juízo civil, observadas as disposições da lei processual. § 2º – O processo será promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo.

O artigo em comento se ocupava com “a perda em favor da Fazenda Pública” dos “bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica”. Não se especifica como se daria tal “influência” e tal “abuso”, mas como se falava em “sequestro” e perda dos bens adquiridos, tratava-se de enriquecimento ilícito. Interessante também o conteúdo do § 2º, que dava legitimidade ativa para a respectiva ação ao “Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo”.

O art. 2º tratava dos “bens de aquisição ilegítima” e o art. 3º da noticiada lei estabelecia que “É instituído o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não”, bem próximo ao quanto exposto no art. 13, § 2º da LIA⁸⁶. O artigo apresentava, ainda, um § 1º, que tratava do registro em comento⁸⁷, um § 2º, que disciplinava os bens objeto do registro⁸⁸, um § 3º, disciplinando a periodicidade da declaração⁸⁹, um § 4º,

elementos normativos para o sequestro e perda de bens adquiridos por influencia ou abuso de cargo ou função de confiança, sem, contudo, delimitar o que seria essa ‘influência’.”

⁸⁶ “Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. [...] § 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.”

⁸⁷ “O registro far-se-á no Serviço do Pessoal competente, mediante declaração do servidor público, incidindo na pena de demissão do serviço público o que fizer falsa declaração.”

⁸⁸ “O registro compreenderá, móveis, imóveis, semoventes, dinheiro, títulos e ações e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, excluídos os objetos e utensílios de uso doméstico cuja soma não exceda de Cz\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros).”

falando sobre o registro prévio⁹⁰, e um § 5º, especificando que a declaração se estendia aos bens do casal⁹¹.

O art. 4º, por sua vez, determinava que “Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

Em suma, a Lei nº 3.164/57, denominada Lei Pitombo-Godói Ilha, limitava-se, em boa medida, a determinar a perda dos bens adquiridos pelo servidor público; a legitimidade ativa do Ministério Público e de qualquer do povo; e o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não⁹².

A Lei nº 3.502/58, denominada de Lei Bilac Pinto⁹³, por sua vez, no art. 1º, manteve o sequestro e perda de bens ou valores (“O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores”). No § 1º⁹⁴,

⁸⁹ “A declaração será atualizada bianualmente, podendo a autoridade a que estiver subordinado o servidor exigir a comprovação da legitimidade da procedência dos bens acrescidos ao patrimônio do servidor.”

⁹⁰ “O registro prévio é condição indispensável à posse do servidor público e deverá ser obrigatoriamente atualizado antes do seu afastamento do cargo ou função.”

⁹¹ “A declaração de que trata êste artigo compreende os bens do casal.”

⁹² De acordo com Garcia e Alves (2008, p. 168), “Como pontos relevantes, atribui legitimidade ao Ministério Público e a qualquer do povo para o ajuizamento das medidas judiciais cabíveis em face do servidor público que tenha se enriquecido ilicitamente (art. 1º, § 2º); e instituiu ‘o registro público obrigatório dos valores e bens’ pertencentes aos servidores públicos, o qual seria feito no serviço de pessoal competente.”

⁹³ “A Lei Bilac Pinto (n. 3.502) estabelecia as hipóteses de enriquecimento ilícito, regulando o seqüestro e o perdimento de bens, e me cuja ação principal podia ser pedido, cumulativamente, o ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela pessoa jurídica autora ou litisconsorte.” (BERTONCINI, 2007, p. 26). Segundo Martins (2013, p. 192), “[...] a Lei federal 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) especificou melhor o tema, explicitando a abrangência do conceito de ‘servidor público’, indicando de forma fechada as hipóteses normativas de enriquecimento ilícito e atribuindo processo para o sequestro e perdimento dos bens. Dessa última norma destacam-se os pontos negativos de restrição da legitimidade ativa (apenas focada na atuação do órgão lesado, com legitimidade ‘residual’ ao cidadão no caso de inércia da entidade interessada) e de ausência de sanção relativa à perda de função.”

⁹⁴ “A expressão ‘servidor público’ compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.”

ocupou-se em explicar a expressão servidor público e no § 2º equiparou para os fins da noticiada lei o dirigente ou empregado de autarquia ao dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo poder público, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais⁹⁵.

Os arts. 2º, 3º e 4º especificavam os casos de enriquecimento ilícito.

O art. 5º especificava a legitimação “para pleitear o seqüestro e a perda, em seu favor, dos bens ou valores correspondentes ao enriquecimento ilícito dos seus servidores, dirigentes ou empregados e dos que exercerem junto a elas, advocacia administrativa”, sendo que os seus parágrafos trataram da parte procedimento do pedido de seqüestro e da ação principal.

O art. 6º disciplinava o impedimento do juiz, do representante do Ministério Público, do serventuário/funcionário do Poder Judiciário⁹⁶, e o art. 7º da lei em comento tinha a seguinte redação: “A fórmula ‘vantagem econômica’, empregada no art. 2º letra c, abrange genêricamente todas as modalidades de prestações positivas ou negativas, de que se beneficie quem aufera enriquecimento ilícito.”

Não obstante o salto de qualidade em relação à legislação anterior, a Lei Bilac Pinto ainda transitava no campo da ineficácia, no que tange aos atos ímprobos, uma vez que tipificava apenas os decorrentes de enriquecimento ilícito e ainda assim de forma pouco sistêmica⁹⁷.

⁹⁵ “Equipara-se ao dirigente ou empregado de autarquia, para os fins da presente lei, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais.”

⁹⁶ “O Juiz, o representante do Ministério Público, o Serventuário ou o Funcionário da Justiça que por qualquer meio, direto ou indireto, retardar o andamento dos processos a que se refere o artigo anterior ou deixar de ordenar ou cumprir os atos e termos judiciais nos prazos fixados por lei, ficarão impedidos de prosseguir funcionando no feito, sem prejuízo da ação penal cabível na hipótese.”

⁹⁷ Garcia e Alves (2008, p. 169) enumeram uma série de fatores que contribuíram para a ineficácia da Lei Bilac Pinto: “a) a dificuldade de prova dos inúmeros requisitos previstos para a configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito, sendo até mesmo exigida a prova de interesse político do doador na hipótese de doação de bem pertencente ao patrimônio público sem observância da sistemática legal (art. 2º, b e parágrafo único, 1);

No mais, é válido mencionar que o art. 482 do Decreto-Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943, a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), tem a seguinte redação: “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; [...]”

Assim, vê-se que a evolução histórico-legal da (im)probidade administrativa seguiu um padrão convencional de disciplinamento normativo que, não obstante tímido, teve o mérito de tratar de tema tão caro à sociedade brasileira. E, não esqueçamos, “[...] o que se persegue é um Direito Administrativo que dialogue com os direitos fundamentais.” (NETTO, 2012, p. 217). E, em especial, um Direito Administrativo que se encontra no âmbito de um “[...] sistema global de direito que consagra a dignidade da pessoa humana como postulado supremo a ser perseguido e satisfeito também pelo Estado em suas ações.” (SANTOS NETO, 2008, p. 19).⁹⁸

2.2 A dimensão e a ideologia constitucionais do direito à probidade administrativa: a devida compreensão do tema

A simples leitura do texto constitucional evidencia o tratamento dado à probidade administrativa. Observa-se que a Constituição Federal fez a sua escolha por uma administração pública⁹⁹ marcada pela probidade. Vale dizer, a “[...] força vinculativa da

b) a não-tipificação do enriquecimento ilícito consistente na aquisição de bens em montante superior à renda do agente; e c) com exceção da perda dos bens adquiridos ilicitamente, o não estabelecimento de nenhuma sanção direta e específica para o agente, o qual continuaria a exercer o cargo até que sua conduta fosse novamente aferida em outro procedimento sujeito a disciplina diversa.”

⁹⁸ É válido anotar a preocupação de Binenbonjm (2007, p. 780) sobre a ordinarização da Constituição Federal: “O fenômeno da constitucionalização do direito administrativo não pode, todavia, ser confundido com a mera incorporação do direito ordinário ao texto da Constituição. Em tal contexto de *constitucionalização às avessas* – no qual o que se tem é a ordinarização da Constituição – o *corporativismo*, o *casuísmo*, a *ossificação* e o *reformismo constitucional* crônico são os principais (e indesejáveis) personagens.”

⁹⁹ Martins (2003, p. 64 e 65) ensina que “O conceito de Administração Pública pode ser trazido à baila por dois critérios: o primeiro *formal* ou *organizacional* e o segundo *material* ou *funcional*.” O autor, baseado em doutrina

ideologia constitucional da probidade na Administração Pública.” (BERTONCINI, 2007, p. 140), no âmbito de uma administração baseada na responsabilidade democrática¹⁰⁰. Tal constatação se notabiliza quando verificamos a opção do texto constitucional por uma administração pública regida por parâmetros de honestidade funcional, diligência, competência, eficiência, moralidade etc. Trata-se, enfim, de evidente escolha constitucional por um modelo de administração que bem sirva ao cidadão e cumpra os seus compromissos constitucionais. E, valendo-se das palavras de Barroso (2013a, p. 221), “A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade.”

Na Constituição Federal de 1988¹⁰¹, no capítulo destinado aos direitos políticos, há

nacional, vincula o conceito de administração pública, sob o ângulo formal, a um complexo de órgãos responsáveis pelas funções administrativas, e, sob o ângulo material, às atividades estatais que atendem às necessidade coletivas”. Cunha Júnior (2006, p. 5) ensina que “A Administração Pública é, sem dúvida, a face do Estado (o Estado-Administração) que atua no desempenho da função administrativa.”

¹⁰⁰ Correia (2012, p. 300 e 301) assim se manifesta sobre a responsabilidade democrática da administração: “Em suma, a *responsabilidade democrática da Administração* – significando simultaneamente uma sujeição ao escrutínio da opinião pública cidadã e uma colaboração ativa com tal escrutínio -, constitui uma derivação axiológica e funcional do superprincípio constitucional do *Estado de direito democrático*. Esta ideia-mãe de caráter axiológico engloba e integra diversas dimensões, que forma uma soma de subprincípios e regras constitucionais. O subprincípio do *Estado democrático* constitui uma dessas dimensões fundamentais do Estado de direito democrático. No plano administrativo, este *princípio da administração democrática*, o qual comporta como uma das suas facetas o *princípio da responsabilidade democrática da Administração*.”

¹⁰¹ As suas antecedentes tratavam o tema de forma tímida. A Constituição Federal de 1824 (Constituição do Império), no art. 99, dizia que “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.” O art. 133, por sua vez, afirmava que “Os Ministros de Estado serão responsaveis [...] II. Por peita, suborno, ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observancia da Lei. [...] VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.” A Constituição Federal de 1891 tratava os crimes de responsabilidade no art. 54: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: [...] 6º) a probidade da administração; 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos; [...] A Constituição Federal de 1934, em seu art. 57, também tratava dos crimes de responsabilidade: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: [...] f) a probidade da administração; g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos; [...] A Constituição Federal de 1946, no art. 89, de mesmo modo, disciplinava os crimes de responsabilidade: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra: [...] V - a probidade na administração; [...] VII - a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; [...] A Constituição Federal de 1967 falava dos crimes de responsabilidade no art. 82: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente: [...] V - a probidade na administração; [...]”

referência expressa à probidade administrativa: “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 [...]” (art. 14, § 9º). Observa-se, desde logo, a preocupação da Constituição Federal com a probidade e a moralidade administrativas, que, no âmbito da elegibilidade, devem ser protegidas.

Ainda, há referência no art. 15, assim se disciplinando: “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, § 4º.”

No mais, no capítulo destinado à administração pública (capítulo VII), o art. 37 estabelece que “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: [...]” Aqui, verifica-se a determinação constitucional por um modelo principiológico baseado na “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, todos princípios que, caso desatendidos, constituem-se, ou podem se constituir, em ato de improbidade administrativa (art. 11 da LIA).

No mesmo capítulo destinado à administração pública, o art. 37, § 4º¹⁰² determina que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda

¹⁰² Bertoncini (2007, p. 23) sobre o artigo em comento assim se manifesta: “No capítulo da Administração Pública, a Constituição, no art. 37, § 4º prescreveu que 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’. Essa disposição, certamente, importou numa nova perspectiva do tema, na medida em que determinou ao legislador infraconstitucional a elaboração de um diploma legislativo estabelecendo sanções de índole essencialmente civil contra os autores de atos de improbidade, estatuinto uma nova forma de sancionar esses ilícitos, inclusive de um modo mais abrangente, para atingir os agentes públicos em geral, pois, historicamente, o ato de improbidade sempre constituiu delito político, sancionado com medidas de natureza política (perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública) e restrito ao círculo dos agentes políticos.”

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.”

Assim sendo, o texto constitucional não deixou margem a dúvidas quanto à importância da probidade no âmbito da administração pública, ao ponto de sua configuração sinalizar penalidades gravíssimas como a “suspensão dos direitos políticos” e “a perda da função pública”, além da “indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário”.

Não só. O art. 85 da Constituição Federal tipifica como crime de responsabilidade “[...] os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V - a probidade na administração; [...]” Vale dizer, a maior autoridade do país comete crime de responsabilidade se atentar contra a “probidade na administração”.

Adiante, no art. 97, § 10, inc. III, da Constituição Federal, há também menção à responsabilização do chefe do Poder Executivo “[...] na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa [...]”

O art. 37, por sua vez, disciplina os princípios norteadores da administração pública, salientando-se que a sua desobediência por configurar justamente, como visto, ato de improbidade administrativa (art. 11 da LIA).

No mesmo contexto, o art. 74 determina que:

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; [...]

Observe-se que o texto constitucional exige dos Poderes da República (“Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”) a manutenção de “sistema de controle interno”. Vale dizer, há evidente preocupação com o controle relativo às contas públicas. O inc. II fala explicitamente em “eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”, parâmetros típicos da probidade administrativa.

Em tempo, observe-se que este artigo do texto constitucional reconhece expressamente o princípio da eficácia, de tal forma que a administração pública deve não só ser eficiente, no sentido de “[...] dever de fazer de modo certo [...]” (FREITAS, 2009, p. 31), “[...] lograr os melhores resultados [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 19), como também eficaz, vale dizer, “[...] dever de fazer aquilo que deve ser feito [...]” (FREITAS, 2009, p. 31)¹⁰³.

No título I da Constituição Federal, dedicado aos “Princípios Fundamentais” (art. 1º), enumeram-se os fundamentos da república: “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”. Todos direta ou indiretamente interligados com a probidade administrativa.

No art. 3º, por sua vez, apresentam-se os “objetivos fundamentais da República”:

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.

¹⁰³ Freitas (2009, p. 23) faz irrepreensível comentário sobre a dicotomia constitucional eficiência e eficácia: “Engana-se quem supõe que a Constituição, ao consagrar o princípio da eficiência (art. 37, com o advento da Emenda 19/1998), excluiu o princípio da eficácia. Ao contrário. O aludido princípio consta expressamente no art. 74 da CF. Portanto – disputas semânticas à parte -, o direito subjetivo público à eficácia merece definitivo reconhecimento.”

Estes objetivos, não raro, só serão efetivamente atingidos desde que se cumpra à risca o compromisso constitucional da administração pública com a probidade administrativa.

A síntese perfeita é oferecida por Bertoncini (2007, p. 141):

O enfrentamento da corrupção segundo se pode inferir, constitui-se em ideologia constitucional e em necessidade imprescindível do Estado e da sociedade brasileira, para que se possa construir, gradativamente, uma sociedade livre, justa e solidária – proba, em última análise -, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (art. 3º da CF). Não há dúvidas de que esses objetivos constitucionais são incompatíveis com os deletérios efeitos causados pela corrupção [...]

E é exatamente este o ponto fundamental da questão, considerando-se que o próprio texto constitucional apresenta os “objetivos fundamentais da República” e o atingimento destes objetivos só se viabilizará no âmbito de uma administração pública proba, uma vez que tais “objetivos constitucionais são incompatíveis com os deletérios efeitos causados pela corrupção”¹⁰⁴ e pela ineficiência. Quanto a esta, compreende-se, no Estado moderno, a existência de uma “[...] Administração Pública minimamente organizada [...]”, uma vez que, no que tange ao cidadão, “[...] o que realmente importa é ser tratado com dignidade [...]” (SANTOS NETO, 2008, p. 371).

¹⁰⁴ Sobre a corrupção, interessante é o magistério de Martins (2013, p. 189): “A corrupção, como tema sociológico, político e filosófico, exige reflexões dos mais diversos matrizes e influências, perpassando especialmente pelo cariz histórico, oportunidade em que, até nos documentos da mais remota antiguidade, são percebidas notícias atinentes a sua prática. Nesse prumo, a corrupção não se refere apenas às questões de Estado, mas também de religião, de *lex mercatoria*, de servidão e escravidão etc. Portanto, o tema da corrupção é um tema, sobretudo, humano.” Gomes (2007, p. 169) faz a seguinte explanação histórica sobre a chegada da família real ao Brasil: “A corte chegou ao Brasil empobrecida, destruída e necessitada de tudo. Já estava falida quando deixara Lisboa, mas a situação se agravou ainda mais no Rio de Janeiro. Deve-se lembrar que entre 10000 e 15000 portugueses atravessaram o Atlântico junto com D. João. Para se ter uma ideia do que isso significava, basta se levar em conta que, ao mudar a sede do governo dos Estados Unidos da Filadélfia para a recém-construída Washington, em 1800, o presidente John Adams transferiu para a nova capital 1000 funcionários. Ou seja, a corte portuguesa no Brasil era entre 10 e 15 vezes mais gorda do que a máquina burocrática America nessa época. E todos dependiam do erário real ou esperavam do príncipe regente algum benefício em troca do ‘sacrifício’ da viagem.”

No mais, o art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal legitima “[...] qualquer cidadão [...] para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa [...]” E, como se sabe, a moralidade administrativa é princípio da administração pública (art. 37 da Constituição Federal) que, caso desatendido, pode configurar ato de improbidade administrativa (art. 11 da LIA)¹⁰⁵.

Enfim, há um emaranhado de regras e princípios, legais e constitucionais, que apontam todos, de forma virtuosa, no sentido da existência de uma ideologia constitucional quanto à probidade na administração pública. E não esqueçamos: “Os princípios constitucionais, portanto, são as pautas normativas máximas de uma Constituição que refletem a sua ideologia e o modo de ser compreendida e aplicada.” (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 13)

Observe-se, no mais, que a leitura do texto constitucional permite demonstrar que a improbidade administrativa foi tratada em duas vertentes: como crime de responsabilidade (art. 85, inc. V) e como ilícito de natureza extrapenal (art. 37, § 4º). Tal diferenciação e o grau de responsabilização quanto aos atos ímprobos dá ainda mais força à dimensão constitucional que o legislador empenhou à probidade administrativa.

Neste sentido, Bertoncini (2007, p. 23 e 24):

¹⁰⁵ Todas estas citações diretas ou indiretas à probidade administrativa levaram Bertoncini (2007, p. 139) a defender a existência de uma ideologia constitucional quanto ao tema: “A disseminação da ideologia ou valor constitucional, presentes nas disposições exemplificativamente mencionadas, representou apenas o início do programa e do processo de luta iniciado com a promulgação da Constituição de 1988. Sua implementação haverá de ocorrer em várias frentes como por meio de programas educacionais, da implementação de mecanismos preventivos e repressivos, como é o caso da legislação infraconstitucional reguladora da matéria, das convenções e tratados internacionais contra a corrupção firmados pelo Brasil – a exemplo da Convenção Interamericana Contra a Corrupção e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção -, da aplicação pragmática dos princípios da Administração Pública, inclusive dos postulados da moralidade administrativa, como dever de ofício de todos os agentes públicos, bem como por meio do incessante combate à corrupção, por meio de instrumentos preventivos e repressivos, tais como o processo administrativo, a ação popular, a ação penal e ação civil pública de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, visando-se sancionar eficazmente os comportamentos ímprobos.”

O constituinte originário, portanto, ao frisar em diversas disposições, espalhadas estrategicamente pelo corpo do texto constitucional – ou seja, nos capítulos atinentes aos direitos políticos, à Administração Pública e ao Poder Executivo – deixou clara a necessidade de sancionar gravemente os atos de improbidade administrativa, estabelecendo como uma das metas da República Federativa do Brasil o controle e combate incessante da improbidade administrativa [...]

Enfim, não há a menor dúvida da dimensão e da ideologia constitucionais da probidade administrativa, ainda mais quando se vê que estamos imersos em um ambiente normativo de respeito às ideologias. Vejamos a lição de Cunha (2008, p. 28):

A ligação entre Direito, Política e Ideologia é cada vez maior: tanto maior quanto maviosos cantos de sereia pretendem fazer crer que as duas últimas morreram (e o primeiro para isso caminhará, sobrevivendo em cativeiro), substituídas por regulações tecnocratas pretensamente eficientes.

Tal ideologia, em tempo, insere-se perfeitamente na esfera da responsabilidade democrática (*accountability*¹⁰⁶) da administração¹⁰⁷ que ilustra e dimensiona os Estados democráticos de Direito.

¹⁰⁶ Correia (2012, p. 306) ensina que *accountability* significa “[...] em primeiro lugar uma sujeição a legítimas pretensões de controle e uma disponibilidade para lhes corresponder e é, a par da representatividade, a outra face da origem democrática da autoridade exercida. Por outras palavras, a responsabilidade democrática da Administração significa simultaneamente *transparência e diálogo*.”

¹⁰⁷ “Com efeito, a *responsabilidade democrática (accountability) da Administração* só faz sentido se, em face dela, se situar uma coorte de cidadãos inclinados a acompanhar o exercício do poder administrativo e dispor de meios para o fazer: meios de informação e meios de intervenção capazes de influir sobre tal exercício. Tal como concebida na Constituição, a participação democrática não se resume ao exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva. Uma *cultura de participação* pressupõe – sobretudo da imensa maioria dos que se não candidatam ao exercício de cargos políticos e administrativos de base eletiva – uma larga multiplicidade de comportamentos, na esfera privada como na pública, conducentes à maior proximidade possível entre a vontade do Estado e de outros entes públicos e os juízos de valor e pretensões dos indivíduos que formam o povo.” (CORREIA, 2012, p. 304 e 305).

Assim, não há dúvidas de que o direito à probidade administrativa é um direito de natureza fundamental, com assento constitucional, e visa salvaguardar outros direitos e garantias fundamentais de igual relevância. Neste contexto, transverte-se em uma verdadeira “âncora normativa”, fomentando uma saudável relação de interdependência com outros direitos e garantias fundamentais, de mesma forma socialmente substanciais.

Esse panorama não é fruto de concepções ideológicas pagãs. A bem da verdade, o direito à probidade administrativa é direito fundamental, tem matriz constitucional, ancorado e desenhado em um ambiente normativo de contornos sistemáticos, e bem delimitados, ao lado de outros princípios e garantias fundamentais concebidos para beneficiar o cidadão¹⁰⁸, como destinatário final de toda a atividade pública. De uma gestão (estritamente) honesta¹⁰⁹, eficiente¹¹⁰ e leal (enfim, proba) dependem, em grande monta, outros valores que estruturam as bases de um Estado Democrático de Direito, salientando-se que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, entre outros, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º da Constituição Federal).

O âmago da questão é observância da probidade como elemento de índole constitucional e a concepção de que “O âmbito valorativo da improbidade administrativa,

¹⁰⁸ “Segundo os dados da Transparência Internacional, divulgados no início de 2003, mais de 70% dos países se encontravam gravemente afetados pela corrupção. Em 2002, o Brasil ocupou o 45º lugar, com 4 pontos, no total de 10, junto com a Bulgária, Jamaica, Peru e Polônia. Em 2003, retrocedemos à 54ª posição, em um universo de 133 países analisados, com 3,9 pontos, acompanhando a Bulgária e República Theca. Em 2004, 2005 e 2006, a lógica não foi nem seria distinta, com pequenas alterações no ritmo das percepções dos formadores de opinião da ONG, em que pese o inédito conjunto de escândalos que assolou a vida pública brasileira no ano de 2005. Neste caso, aliás, é compreensível a queda do país no *ranking* internacional desse organismo.” (OSÓRIO, 2007, p. 29).

¹⁰⁹ Conforme Martins (2013, p. 43), “O administrador deve ser responsável não só com os ditames postos à sua disposição, mas, sobretudo, rigoroso quanto ao bem-estar de seus administrados diante de uma gestão honesta, que é direito de cada um dos componentes do Estado.”

¹¹⁰ É interessante e necessária a observação de Osório (2007, p. 71): “A noção de má gestão pública, portanto, já na perspectiva do direito comunitário europeu, não pode limitar-se às desonestidades, mas sim deve alcançar casos de ineficiências. O comitê fala, além disso, de uma *noção central de normas mínimas* vinculando os titulares de cargos públicos a acrescenta a idéia de *negligência grave*. Não deixa o comitê de se referir, ademais, que os deveres podem aparecer de modo implícito ou imanente ao sistema, não sendo necessário que estejam expressamente previstos nas normas.”

portanto, em consonância inclusive com a expressa previsão constitucional do princípio da moralidade administrativa, ganhou corpo efetivamente com a Constituição de 1988.” (DECOMAIN, 2007, p. 20).

Osório (2007, p. 308) faz a seguinte ilação:

Na ponta da improbidade administrativa estão os direitos fundamentais difusos à existência obrigatória de uma Administração Pública honesta e eficiente em níveis mínimos. Tais direitos, além de implicar uma onda quase infinita de outros direitos fundamentais, v.g., aqueles relacionados à boa gestão dos recursos públicos direcionados a outras políticas públicas essenciais, como saúde, educação, segurança, são também direitos humanos, dada sua internacionalização.

Assim, o direito à probidade administrativa é fruto de uma ideologia constitucional, salientando-se que “O discurso de ataque à improbidade é, e deve ser, simultaneamente, o discurso de defesa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos atingidos pelo ato ímprobo, direta ou indiretamente.” (OSÓRIO, 2007, p. 311).

2.3 O compromisso ético e o compromisso social: o dever constitucional de probidade

No caso da probidade administrativa, há uma dimensão constitucional do direito. Afora tal dimensão, há ainda um compromisso ético e um compromisso social, consubstanciados exatamente no dever constitucional de probidade, de forma que “[...] não só o legislador mas também os órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.” (MENDES, G., 2004, p. 1).

O compromisso ético¹¹¹ exala, primeiro, do caráter público da administração, naquilo que se convencionou chamar de mínimo eticamente exigível (OSÓRIO, 2007, p. 51). Sendo o bem objeto de trabalho da administração pública coisa de natureza pública, o compromisso ético que se exige naturalmente nas relações humanas torna-se ainda mais necessário, na medida em que se cuida de patrimônio de todos. Além disto, o vínculo da moralidade administrativa¹¹² com a probidade na administração pública acentua mais ainda o compromisso ético¹¹³ exigível dos agentes públicos, consignando-se que “[...] assim como o direito, a moral é um produto da ética.” (MARTINS, 2013, p. 131). E vale lembrar, mais uma vez, que a moralidade administrativa é um princípio constitucional da administração pública (art. 37) que, vilipendiado, pode configurar ato de improbidade administrativa (art. 11 da LIA). Nestes termos, é válida a conceituação de moralidade administrativa, na condição de “conjunto de valores éticos” (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 16):

Deve-se entender por moralidade administrativa um conjunto de valores éticos que fixam um **padrão de conduta** que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé.

¹¹¹ A força normativa do elemento ético foi estudada por Silva, C. (2012, p. 133 e 134): “Com efeito, desconsiderar a força normativa do elemento ético na compreensão do Direito, a exemplo do que preconizava a Teoria Pura do Direito, na qual o elemento ético é estranho ao Direito, podendo fazer parte dele ou não, redundaria no enfraquecimento das pautas constitucionais que cuidam do tema, e estas poderiam passar a ser vistas como meras exortações, conselhos para bom desempenho das respectivas atribuições, sem maiores repercussões funcionais.”

¹¹² A origem da expressão “moral administrativa” foi muito bem estudada por Osório (2007, p. 92): “Insistimos em que a moral administrativa é uma expressão que, fundada por Maurice Hauriou, a princípios do século XX, indicava a existência de regras não escritas no funcionamento da Administração Pública, assim como apontava uma especial valoração ética das normas existentes remodelando os caminhos hermenêuticos vigentes à época. Desse modo, permitiu-se uma maior profundidade analítica aos julgadores, tanto na avaliação do comportamento objetivo da Administração Pública como no exame de suas intenções, quanto no aprofundamento do juízo de ilicitude inerente às condutas reprováveis, numa dimensão escalonada.”

¹¹³ “A ética é a disciplina normativa da atuação dos servidores orientados a satisfazer os interesses gerais da comunidade, a partir do setor público.” (OSÓRIO, 2007, p. 25).

O compromisso ético, assim, é parte integrante da modernidade¹¹⁴ e decorrência lógica das preocupações constitucionais¹¹⁵ (dignidade, cidadania etc), do humanismo¹¹⁶, da ética¹¹⁷ e da eficiência no serviço público¹¹⁸. Em linhas gerais, o compromisso ético guarda vínculos com a boa gestão pública¹¹⁹, mesmo porque “Ninguém duvida que a ética institucional do

¹¹⁴ Osório (2007, p. 46) faz interessante síntese entre a legitimidade dos sistemas políticos na pré-modernidade, na modernidade e na pós-modernidade: “Em síntese muito apertada, pode-se anotar que, no mundo pré-moderno, a legitimidade dos sistemas políticos se fundamentou basicamente na religião ou em práticas próximas às religiões. No moderno, a legitimidade alicerçou-se fundamentadamente na teoria do contrato social, na ética do consenso, no princípio da soberania popular e em discursos universalizantes na proclamação de direitos humanos. Na pós-modernidade, os pressupostos de legitimidade passaram a ser deslocados para outros domínios, nomeadamente pelos critérios de eficiência, o que, para alguns autores, pode significar ocultar do discurso a discussão sobre os fins últimos do Estado, embora isto não seja realmente necessário.”

¹¹⁵ Quanto aos fundamentos da ética dos valores, Sampaio (2010, p. 75) faz a seguinte anotação: “A partir dos fundamentos da ética dos valores, podemos localizar pelos (*sic*) menos três correntes de jusfundamentadores: uma, mais forte, que defende a imutabilidade dos valores, cristalizados em direitos; outra, intermediária, que transfere o conteúdo dos valores para emanações comunitárias e, enfim, a terceira, a mais débil das três, fica a meio caminho entre o objetivismo, o subjetivismo e, às vezes, o intersubjetivismo.”

¹¹⁶ Quanto à perspectiva do humanismo, Britto (2010, p. 21) faz seguinte explanação: “Diga-se mais: toda essa perspectiva do humanismo até hoje conserva o seu originário caráter político-civil de prevalência *do reino sobre o rei*. Que outra coisa não significou senão a consubstanciação de três paulatinas e correlatas idéias-força: a) o Direito por excelência é o veiculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação; b) o Estado e seu governo existem para servir à sociedade; c) a sociedade não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria.”

¹¹⁷ É interessante, quanto ao tema, o entendimento de Martins (2013, p. 132): “De outro lado, as normas jurídicas igualmente advêm da ética. Obtemperem-se que quando culturais e de experiência diversos (*ethos*) ao longo do tempo são apreendidos em forma de valores e, por conseguinte, potencializam o plano normativo (deveres, exigências, princípios). Enfim, esses valores apreendidos no campo do direito buscam a justiça como atividade finalística.”

¹¹⁸ Binenbojm (2014, p. 64) faz a seguinte síntese: “Ademais, ao promoverem a incorporação à ordem jurídica dos mais importantes valores humanitários – como dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica, igualdade e solidariedade, dentre outros -, os princípios constitucionais possibilitam uma reaproximação entre as esferas do direitos e da moral, infundindo conteúdo ético ao ordenamento.”

¹¹⁹ Notícia alvissareira é verificar, na classe política, discursos (e práticas) que convergem para a importação da boa gestão na administração pública. Em entrevista concedida à Revista Veja, edição n° 2339, de 18 de setembro de 2013, p. 20 e 21, o atual Governador de Minas Gerais, Antonio Anastasia, assim respondeu a uma indagação que lhe foi feita: “O primeiro compromisso nosso será com a eficiência e o bom resultado da administração pública. Vamos premiar a meritocracia e adotar critérios para ampliar a eficiência dos servidores e do serviço público. Hoje, as nomeações são feitas por critérios políticos. Servem para beneficiar amigos e atender a indicações partidárias. Essa é uma prática nociva à boa gestão e à democracia. Temos de trocá-la por critérios que valorizem os funcionários de carreira competentes e dedicados.”

setor público impõe o ideal de boa administração e por isso proíbe a má gestão pública.” (OSÓRIO, 2007, p. 47). E, de acordo com Freitas (2009, p. 22), “É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública.”

É válido anotar, em tempo, que, estudando o direito à boa administração pública¹²⁰, no âmbito do Direito espanhol, Muñoz (2012, p. 17) leciona que “A dimensão ética incorpora um componente essencial do bom governo e da boa administração [...]” Neste contexto, há de se observar que a administração pública (o “bom governo” e a “boa administração”¹²¹), também em termos do Direito nacional, é sinalizada pelo compromisso ético (“dimensão ética”), que lhe empresta os padrões de conduta, culturais, de uma sociedade. Muñoz (2012, p. 17) enfrenta também a questão sob a perspectiva do “[...] grau de compromisso real dos governantes e administradores com a melhora das condições de vida dos cidadãos.” Vinculam-se, assim, as obrigações legal e ética do agente público à “melhora das condições de vida dos cidadãos”¹²².

Na Espanha, Muñoz (2012, p. 69) cita o exemplo ao acordo do Conselho de Ministros da Ética pública, datado de 18 de janeiro de 2005¹²³. De acordo com o eminente publicista (MUÑOZ, 2012, p. 70),

¹²⁰ O direito à boa administração pública será melhor estudado adiante.

¹²¹ Martins (2003, p. 64 e 65) separa as ideias de atos de governo e atos de administração, uma vez que, “[...] enquanto nos primeiros cria-se uma situação política, uma escolha de determinada finalidade social ou adequação a planos econômicos, tudo isso lastreado nas decisões a serem tomadas pelos gestores, nos atos de administração nenhuma situação é criada, mas sim executados os serviços e servidos os produtos do Estado em face das finalidades sociais.”

¹²² Muñoz (2012, p. 17) enumera algumas anomalias funcionais: “[...] apadrinhamentos, vassalagens impróprias ao tempo presente, exclusões, favorecimentos; em definitivo, o lado mais obscuro do poder no qual as pessoas sem princípios agem perfeitamente e, lamentavelmente, ditam e dão as ordens a seu bel-prazer, às vezes em esquemas formalmente democráticos.”

¹²³ Conforme Muñoz (2012, p. 70), “O acordo, desde a perspectiva ética do serviço público, estabelece alguns princípios básicos, alguns princípios éticos e alguns princípios de conduta. Os princípios básicos selecionados são: objetividade, integridade, neutralidade, responsabilidade, credibilidade, imparcialidade, confidencialidade, dedicação ao serviço público, transparência, exemplaridade, austeridade, acessibilidade, eficácia, probidade e promoção da cultura, do meio ambiente e da igualdade entre homens e mulheres.”

A ideia central do código descansa na existência de um compromisso dos governantes e altos administradores em levar em consideração as demandas cidadãs, o que implica colocar o cidadão no lugar central do bom governo e reclamar que o aparato público penda permanentemente em direção à cidadania e não em direção à própria organização.

Neste sentido, há um “um compromisso dos governantes e altos administradores” com as “demandas cidadãs”. Trata-se, antes de tudo, de um compromisso ético, na medida em que impõe “colocar o cidadão no lugar central do bom governo e reclamar que o aparato público penda permanentemente em direção à cidadania”.

Muñoz (2012, p. 73) enumera catorze princípios éticos, entre os quais: a promoção dos direitos humanos; atuação vinculada ao público; redução dos riscos de conflitos de interesses; respeito à igualdade entre homens e mulheres; isonomia de tratamento entre graduados funcionários públicos e a população como um todo, no que tange às operações financeiras, obrigações patrimoniais e negócios jurídicos; proibição de privilégios; eficácia, eficiência e economia; publicidade da atuação pública etc.

Anote-se, ainda, que, no âmbito dos direitos fundamentais, e o direito à probidade administrativa é um deles, há um conteúdo ético. Marmelstein (2011, p. 18) trata tal conteúdo ético dentro de seu aspecto material, como “[...] os valores básicos para uma vida digna em sociedade.” E este conteúdo ético exige, a título de exemplo, o dever de investigar com ética e o dever de processar com ética¹²⁴.

O compromisso social, de mesmo modo, surge uma uma vez que a administração pública destina-se exatamente à sociedade, aos cidadãos (art. 1º, inc. II da Constituição

¹²⁴ O tema é tratado por Marmelstein (2011, p. 179-195). Osório (2007, p. 112) assim ensina, quando ao dever de demandar com ética: “Uma das fundamentais virtudes do home público é a prudência, o bom julgamento, a preparação adequada para o exercício das funções, a cautela e o respeito para com as obrigações de não causar danos a terceiros em nome do Estado.”

Federal), fundamentando-se na dignidade humana (art. 1º, inc. III), objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I), garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º. Inc. III) e promover o bem de todos (art. 3º inc. IV). Assim, “[...] o papel do Estado brasileiro é acabar com a miséria e reduzir as desigualdades sociais, demonstrando um inegável compromisso com a transformação da sociedade.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 71).

Não só. A dinâmica social¹²⁵ que rege a administração pública não pode ser ignorada pelo operador do Direito. O Direito é ciência social e, como tal, encontra-se em constante processo de evolução (ou involução)¹²⁶, mas não compactua com um processo de estagnação empírica. Vale dizer, a dinâmica social, se não serve de fundamento para a produção de normas – sendo que estas são frutos de regras ou princípios -, também não é inservível para fins de interpretação, mais ainda quando se verifica que o texto constitucional deixou patente a sua vinculação a uma administração pública proba. Desta forma, o compromisso social que condiciona a administração pública decorre das (legítimas) imposições constitucionais e legais, e se formata, ainda, pelo dinamismo social e seus processos culturais em constante processo de evolução. E isto porque “[...] a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.” (SILVA, J., 2001, p. 125)¹²⁷.

¹²⁵ “Ao deixar passar despercebidos esse compromissos, sob o falso manto da neutralidade, assume o ‘cientista’ do direito postura afastada da dinâmica social, para posicionar-se atrás de uma análise de estrita legalidade infraconstitucional – e em alguns casos, nos seus próprios sentimentos, crenças e opiniões, como visto – cujo reflexo principal não é propriamente o de não revelar o efetivo teor da categoria jurídica sob dissecação, mas o de não preservar a vontade da Constituição, que, em alguns casos, não poderá ser recuperada.” (BERTONCINI, 2007, p. 142).

¹²⁶ “Essas evidências passam a ser os critérios com base nos quais a imóvel, sólida e absolutizada eticidade tradicional torna-se uma eticidade reflexiva, plural e fluída, apta a se voltar criticamente sobre si mesma, de tal sorte que nós, até hoje e cada vez mais, escrutinamos, todos os dias, os nossos usos, costumes e tradições para discernir os que podem continuar a sê-lo, daqueles que, quando questionados à luz do conteúdo de sentido sempre renovado desses crivos, passam a ser vistos como abusos e discriminações.” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 21 e 22).

¹²⁷ J. Silva (2001, p. 125 e 126) diz ainda que “E se a Constituição se abre para as transformações políticas,

Assim sendo, há, além de um compromisso constitucional, um compromisso ético e um compromisso social quanto ao direito à probidade administrativa.

2.4 O *nomen juris* e suas implicações negativas. A improbidade administrativa e a tese da imoralidade qualificada

Um problema no trato com o direito à probidade administrativa deriva do nome dado ao ato ímprobo¹²⁸. Quando se fala em improbidade, há uma tendência a se imaginar que se trata de ato (estritamente) desonesto, de enriquecimento ilícito, nos moldes traçados pelo art. 9º da LIA¹²⁹. Desta forma, a pecha de “ímprobo” é quase sempre vinculada ao agente público ou terceiro¹³⁰ que enriquecem ilicitamente auferindo “[...] qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º [...]” da LIA.

Tal constatação, aparentemente inofensiva, acaba contribuindo para que os magistrados, além de outros operadores do Direito, sejam mais rigorosos na configuração do ato ímprobo, considerando-se que, pelas razões anteriores, eventual condenação pela prática de ato de improbidade administrativa significa, em linguagem comum, espécie de selo negativo de

econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental a expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.”

¹²⁸ Tal tema foi tratado especificamente por Oliveira (2012, p. 103-135), repetindo-se aqui boa parte dos argumentos visualizados lá.

¹²⁹ “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: [...]”

¹³⁰ É válido lembrar que, conforme art. 3º da LIA, “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.”

qualidade. Em suma, o nome dado ao ato (ato de improbidade administrativa) acaba contribuindo para a sua vinculação exclusiva aos atos tipificados no art. 9º da LIA.

A constatação quanto à inconveniência do nome (improbidade administrativa) foi tratada por Osório (2007, p. 38):

Na linguagem cotidiana, a improbidade substitui a corrupção, abarcou ou absorveu as modalidades de enriquecimento ilícito, porque esta é a linguagem dos meios forenses que se transplanta ao meio jornalístico. Há toda uma tendência de alargamento dos tentáculos estatais em busca da repressão de múltiplas modalidades de atos ilícitos, seja na forma de desonestidades, seja na forma de ineficiências intoleráveis.

Contudo, o próprio modelo de tipificação constante na legislação de regência (LIA) deixa clara a opção do legislador pela tripartição dos atos típicos, em sede de improbidade administrativa. Assim, os tipos previstos no art. 9º se resumem a aqueles “que Importam Enriquecimento Ilícito”, enquanto os previstos no art. 10 cuidam dos “que Causam Prejuízo ao Erário” e os do art. 11 tipificam os “que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”¹³¹. Desta forma, é tão ímprobo o agente público que recebe, para si, dinheiro, a título de comissão, de quem tem interesse direto, que possa ser atingido por ação decorrente de suas atribuições na condição de agente público (art. 9º, inc. I, da LIA), quanto aquele que facilita,

¹³¹ O art. 52 da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) tipificou outros atos de improbidade administrativa: “Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: I – (VETADO); II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei; III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei; IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei; V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei; VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei; VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei; VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.”

por negligência, para a incorporação ao patrimônio particular de pessoa física, de valores integrantes do acervo patrimonial da entidade pública a se encontra vinculado (art. 10, inc. I, da LIA) ou aquele que pratica ato visando fim proibido em lei (art. 11, inc. I, da LIA).

Enfim, é tão ímprobo o agente público (ou terceiro) que enriqueça ilicitamente, quanto o que cause prejuízo ao Erário¹³², quanto ao que atente contra princípio da administração pública¹³³. Isto porque “Devemos atentar a uma relevante motivação na teoria argumentativa: a probidade, ao indicar a honra, fala de honestidade e eficiência funcional, porque ambas revelam atributos de boa fama e reputação dos homens públicos.” (OSÓRIO, 2007, p. 113).

Contudo, como dito antes, há uma tendência a se vincular o ato ímprobo aos tipificados no art. 9º da LIA, de forma que seria improbidade administrativa o ato que causasse enriquecimento ilícito. Há uma tendência de se vincular o ato ímprobo, ainda, à existência de má-fé ou de imoralidade na conduta do agente. Assim, “Improbidade seria o atributo daquele que é ímprobo, ou seja, aquele que é moralmente mau, violador das regras legais ou morais. Vincula-se, portanto, ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má índole.” (NEIVA, 2009, p. 70).

Não obstante, “O dolo não é necessariamente a má-fé.” (TOURINHO, 2005, p. 174). Dolo é a vontade de praticar um ato, inobstante a real intenção, ou interesse, existente a partir desta vontade. Vale dizer, o que importa, ao menos em um primeiro momento, é a vontade do agente, e não a sua boa ou má intenção, uma vez que “[...] se um agente descumpra abertamente normas legais, há uma infração dolosa, independente do interesse perseguido.”

¹³² De acordo com Martins (2013, p. 127), “A noção de erário público está incluída na conceituação do que vem a ser patrimônio público, pois, enquanto este se revela numa amplitude de elementos, aquele se destina somente aos dinheiros e valores do Estado.”

¹³³ “Com efeito, ímprobo 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 lhe são confiados. Seria, também, aquele que demonstra ineficiência intolerável para o exercício de suas funções.” (TOURINHO, 2005, p. 127).

(TOURINHO, 2005, p. 174). Em apertada síntese, dolo é vontade, até porque um agente pode querer (vontade) desviar merenda escolar de uma escola pública para distribuí-la em uma comunidade carente (boa-fé), e nem por isto deixou de cometer um ato ímprobo.

No mais, o “[...] dolo do agente público é marcado pela quebra dos deveres de honestidade imparcialidade e lealdade.” (BERTONCINI, 2007, p. 171). No alcance do exemplo anterior, um agente público, agindo dolosamente, pode ter enriquecido ilicitamente, auferindo vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, visando, com o dinheiro, comprar brinquedos para crianças carentes. Não há dúvida de que agiu de forma dolosa, como não há dúvidas de que a intenção é até mesmo nobre. A existência de má-fé, nestes casos, poderia servir para eventual comprovação da não ocorrência de improbidade material¹³⁴, que melhor será estudada adiante¹³⁵.

Assim, dolo e má-fé não são conceitos sinônimos.

No mais, diz-se que “A improbidade administrativa seria a imoralidade qualificada pelo resultado, vale dizer, a conduta ilegítima geradora de dano ao erário, vantagem indevida do agente ou terceiro.” (BERTONCINI, 2007, p. 51). Noticia-se, desta maneira, um vínculo estreito entre o ato ímprobo e o ato imoral. A doutrina adverte, neste contexto, no que tange à moralidade administrativa, que “O âmbito valorativo da improbidade administrativa, portanto, em consonância inclusive com a expressa previsão constitucional do princípio da moralidade administrativa, ganhou corpo efetivamente com a Constituição de 1988.” (DECOMAIN,

¹³⁴ Garcia e Alves (2008, p. 260) assim se manifestam sobre a boa-fé e a má-fé dos agentes públicos: “Por essas razões, cremos que má-fé do agente deva ser valorada quando da identificação da improbidade material, operação que utiliza a noção de proporcionalidade e que necessariamente levará em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes ao ato, como é o caso da insignificância das normas violadas ou do dano causado, da satisfação do interesse público, da ausência de máculas a direitos individuais e da boa-fé do agente.”

¹³⁵ Martins (2013, p. 216) entende que deve ser investigada a finalidade estatal pelo ato expendido: “Disso decorre que é mais consentânea aos direitos fundamentais de dimensão solidária a análise objetiva do comportamento do agente público, investigando-se o atendimento da finalidade estatal pelo ato expendido (ou não realizado), o que por certo indicará, dentro dos limites de razoabilidade e proporcionalidade, a existência ou não de improbidade.”

2007, p. 20).

Contudo, não se pode vincular a improbidade administrativa apenas aos atos qualificadamente imorais. A ofensa à moralidade administrativa (art. 37 da Constituição Federal) pode configurar um dos atos de improbidade administrativa (art. 11 da LIA), mas não significa que são fenômenos iguais¹³⁶. A moralidade administrativa¹³⁷ é um princípio da administração pública e a sua ofensa pode se constituir ato de improbidade administrativa, conforme redação do art. 11 da LIA. Não obstante, neste caso, o vínculo da moralidade com a probidade na administração pública se dá na forma de relação entre espécie (moralidade) e gênero (probidade)¹³⁸. Assim sendo, “[...] será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 47).

Não por outro motivo que Bertocini (2007, p. 170) ensina que os atos de improbidade administrativa “[...] são marcados pela violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.”, salientando-se que “[...] as condutas da Lei 8.429/92 exigem para a sua caracterização o descumprimento desses deveres.” Assim, em síntese acerca do tema,

¹³⁶ Decomain (2007, p. 24) anota que não apenas a ofensa à imoralidade administrativa pode configurar ato de improbidade administrativa, considerando-se a existência de outros princípios da administração pública no próprio art. 37 do texto constitucional: “O conceito de improbidade, todavia, pode ter alcance mais amplo, abrangendo não apenas atos atentatórios ao princípio constitucional da moralidade administrativa, como também outros que, embora eventualmente não se os reconheça violadores de tal princípio, não obstante agridem outros dentre os norteadores da Administração Pública, também relacionados pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal.”

¹³⁷ Silva, C. (2012, p. 130 e 131) faz um repertório histórico da moralidade: “Sob o aspecto normativo, no Direito Brasileiro, o princípio da moralidade aparece pela vez primeira no Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, instituidor do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, mais especificamente em seu artigo 7º - norma materialmente constitucional. Reapareceu com a Constituição de 1988, ao lado dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, servindo até mesmo como fundamento para a propositura de Ação Popular.”

¹³⁸ Ao que parece, a antítese deste entendimento é apresentada por Martins (2013, p. 159): “O princípio da moralidade administrativa, já considerado parcialmente no capítulo anterior quando da afirmação do patrimônio da moralidade traduz o raciocínio de que a Administração Pública não deve somente obedecer e estar em conformidade com a lei, mas em suas atividades, no seu agir, trilhar nas sendas do que é *justo, honesto e probo*.” A probidade estaria, assim, dentro da moralidade.

“[...] não se pode falar que a improbidade equivale apenas à imoralidade 'qualificada', pois a própria lei de regência estabelece que essa modalidade de ato ilícito estará configurada independentemente 'da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público'.” (BERTONCINI, 2007, p. 90). Em síntese: “Todavia, à luz do direito positivo, a *violação* ao princípio da probidade administrativa é mais ampla e compreende a violação ao princípio da moralidade administrativa.” (CUNHA JÚNIOR, 2006, 509).

Há, como se observa, uma tendência doutrinária em se atrelar a probidade administrativa à moralidade¹³⁹. Neste ambiente, a improbidade seria uma espécie de imoralidade administrativa. Não obstante, algumas ponderações são necessárias. Existem dois grandes blocos de anormalidades administrativas: as ilegalidades e as imoralidades. O que se vê, contudo, é que ambas são justamente causas de configuração de ato de improbidade administrativa (art. 11 da LIA). Vale dizer, a ofensa à legalidade e à moralidade administrativa pode vir a configurar ato de improbidade administrativa. No plano normativo, assim, compreende-se a probidade administrativa como gênero do qual a ilegalidade e a imoralidade são espécies¹⁴⁰.

Oliveira (2012, p. 115) assim sintetizou:

¹³⁹ Silva, C. (2012, p. 133) faz a seguinte explanação: “Como vertentes atualizadas da moralidade administrativa tem-se, portanto, a exigência que se faz à Administração Pública e, igualmente, aos administrados de atuação com boa-fé, que pode ser traduzida na eleição de critérios e comportamentos endossáveis pelo ‘homem médio’ em determinada época, sendo certo que tal compreensão também serve à percepção da razoabilidade como medida da boa-fé. E por fim soma-se a honestidade na gestão da coisa pública, cujos atos a ela atentatórios são tipificados pela Lei nº 8.429/92 como de *improbidade administrativa*.”

¹⁴⁰ Para Bertoncini (2007, p. 89), “A redução da improbidade à violação do princípio da moralidade – acompanhada ou não do atentado à legalidade, não parece corresponder ao teor da improbidade administrativa desenhada pelo legislador infraconstitucional, conforme observou Di Pietro. Essa constatação mina uma das pilstras fundamentais do binômio, fazendo-o fraquejar e perdendo a consistência. Mais uma vez, o objeto enfocado não apresenta os traços essenciais da categoria jurídica em dissecação.” No mesmo sentido, Decomain (2007, p. 24): “O elenco dos princípios pelos quais se deve reger toda ação administrativa (em verdade, toda ação estatal), constante no mencionado artigo da Constituição Federal, compreende efetivamente no só o da moralidade, como também os da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e o da eficiência.”

Essa corrente deixa-se contaminar, em nossa modesta opinião, pelo “nome” dado ao ato, como se a *casca* fosse responsável pelo *miolo*. Não é bem assim. No Direito Penal, colhemos o exemplo do crime de receptação (art. 180). Tal delito, ao menos por sua nomenclatura, diz menos do que verdadeiramente é. O crime é de “receptação”, mas não se pune apenas quem *recepta*, como, de resto, quem *adquire, recebe, transporta, conduz e oculta*, “em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime”, ou influi “para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”.

Significa dizer que nem sempre a nomenclatura dada ao tipo corresponde simetricamente com as condutas previstas. Daí porque, ao nosso sentir, não se pode enxergar um ato de improbidade administrativa apenas como aquele cuja essência é corrupta. Essa visão corresponde, exatamente, aos atos de improbidade administrativa capitulados no art. 9º da LIA. Não obstante isso, os atos de improbidade administrativa capitulados nos arts. 10 e 11, concebidos doutrinariamente como regras de reserva, não dizem respeito a “enriquecimento ilícito”, mas a atos que causam “prejuízo ao Erário” e que atentam contra os “princípios da Administração Pública”.

No mais, a LIA não é instrumento legislativo que se ocupa em tipificar apenas e tão somente atos ímprobos que importem em enriquecimento ilícito. Ela também tipifica, por exemplo, atos dolosos ou culposos (imprudência, negligência ou imperícia) que causam prejuízo ao Erário ou atos dolosos que atentem contra os princípios da administração pública. Assim, há uma correlação direta da improbidade administrativa com os atos funcionais estritamente desonestos (desonestidade em sentido estrito, art. 9º da LIA), com atos funcionais que causem lesão ao Erário, inclusive os culposos, frutos de negligência, imprudência ou imperícia, e os que atentem contra os princípios da administração pública e que violem os deveres de honestidade, imparcialidade¹⁴¹, legalidade, e lealdade às instituições.

¹⁴¹ Gomes (2007, p. 187) anota um exemplo histórico sobre o tema, relativo a um tratado de 1810 firmado entre Brasil e Inglaterra: “Os próprios ingleses residentes no país elegeriam seus juizes, que só poderiam ser destituídos pelo governo português mediante prévia aprovação do representante da Inglaterra no Brasil. Na prática, passavam a existir duas justiças no Brasil: uma para portugueses e brasileiros, outra só para ingleses, estes inalcançáveis pelas leis locais.”

Observe-se, assim, que a correlação do ato ímprobo não se dá apenas em relação às condutas (estritamente) desonestas, mas também às condutas negligentes, imprudentes e imperitas (art. 10 da LIA) e aquelas que violem os deveres de imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11 da LIA). De forma sucinta, a improbidade administrativa está diretamente relacionada à honestidade, à eficiência e à lealdade (no sentido de quebra dos princípios da administração pública e dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições) funcionais.

Osório diz que o “coração da improbidade” é formado pela lealdade institucional, pela legalidade e pela moralidade administrativas. De acordo com o eminente doutrinador, “Toda e qualquer conduta ímproba reflete uma forma de ilegalidade, imoralidade e deslealdade institucional.” (OSÓRIO, 2007, p. 138). Bertoncini (2007, p. 173), por sua vez, ensina que “Nos casos em que se admite a culpa (art. 10), não se exigirá a desonestidade, conquanto seja obrigatória a deslealdade, decorrente da negligência, da imprudência ou da imperícia, produtoras do resultado 'prejuízo ao erário'.” Contudo, o que importa é que, não obstante a existência de pontuais diferenças terminológicas, a improbidade administrativa, na visão de abalizada doutrina, não se resume nem se limita à desonestidade funcional.

Enfim, “O certo é que a labuta com a coisa pública exige uma atuação não apenas (literalmente) *honest*, mas também – e não menos importante – uma atuação *eficiente*.” (OLIVEIRA, 2012, p. 118). Limitar a improbidade administrativa, em razão, também, de seu nome (nomenclatura), aos atos que importem em enriquecimento ilícito, afastando outros atos ímprobos não menos importantes, representa “[...] aqueles velhos vícios que todos nós conhecemos (e criticamos), mas que parecem anestesiar as nossas consciências, produzindo uma inconcebível letargia e tolerância com atos essencialmente ímprobos.” (OLIVEIRA, 2012, p. 118).

Probidade é, assim, em linhas gerais, pois não há um conceito suficientemente

acabado¹⁴², “[...] retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 104).

2.5 A tipificação do ato ímprobo e sua importância metodológica: a improbidade formal e a improbidade material. O elemento subjetivo nos atos ímprobos

A configuração da improbidade administrativa não se resume à improbidade formal. Vale dizer, a configuração do ato ímprobo não se dá apenas pela sua adequação típica a um dos tipos previstos nos art. 9º, 10 e 11 da LIA¹⁴³. Além desta adequação formal, é necessária a verificação da eventual existência de improbidade material e do elemento subjetivo exigível para o respectivo tipo funcional¹⁴⁴.

No caso da adequação típica, para fins de verificação da improbidade formal, basta a tentativa de amoldar o ato supostamente ímprobo a um dos tipos previstos na LIA. Contudo, “Definir improbidade administrativa em vista de exclusiva verificação formal não permite a captação, em sua totalidade, das características fundamentais dessa categoria.” (BERTONCINI, 2007, p. 117).

¹⁴² Bertoncini (2007, p. 119) entende que “É um equívoco, portanto, imaginar-se construir um conceito acabado, intocável, perfeito, unívoco e único de ato de improbidade administrativa.” No mesmo sentido, Decomain (2007, p. 22): “Nem a Constituição Federal e nem a Lei n. 8.429/92 conceituam ato de improbidade administrativa. Desta sorte, interessante que se tente estabelecer esse conceito, ainda que tal tarefa envolva um risco, pela insuficiência do conceito que venha a ser obtido, diante da amplitude da proteção conferida aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, e considerando também a diversidade de situações que seu texto enquadra nesse conceito.”

¹⁴³ “Os conceitos jurídicos descrevem determinadas situações, fáticas ou jurídicas, que desencadeiam consequências previstas no plano normativo. A valoração das situações concretas, que consubstanciam o elo de ligação entre a previsão abstrata e os efeitos previstos na norma, pressupõe uma atividade subjetiva do agente, cujo resultado deve encontrar ressonância na concepção uniforme de determinado grupamento, o que é elemento vital para a fixação de parâmetros de certeza e de segurança jurídica.” (Garcia e Alves, 2008, p. 227).

¹⁴⁴ Tal tema foi tratado especificamente por Oliveira (2012, p. 103-135), repetindo-se aqui boa parte dos argumentos visualizados lá.

Consigne-se que o modelo adotado pela LIA inseriu no *caput* dos arts. 9º 10 e 11 condutas sem especificações pormenorizadas. O art. 9º, por exemplo, tipifica como 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 [...]” Observe-se que o legislador optou por não inserir no *caput* condutas específicas, deixando estas para os incisos. Observe-se ainda que o *caput* termina com a expressão “e notadamente”, que passa aos incisos a tarefa de apontar tipos ímprobos fechados.

O mesmo artifício foi utilizado nos artigos seguintes. No *caput* do art. 10, consta que “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 [...]”, concluindo com a expressão “e notadamente”, que remete aos incisos, estes sim enumerando tipos ímprobos fechados.

Garcia e Alves (2008, p. 230) ensinam que, neste caso, foram utilizadas “duas técnicas legislativas”, sendo que no *caput* se vê “[...] a utilização de conceitos jurídicos indeterminados¹⁴⁵ [...]” visando “[...] ao enquadramento do infindável número de ilícitos possíveis de serem praticados [...]”, e nos incisos vê-se a descrição de “[...] situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, têm natureza meramente exemplificativa.”

Assim, no *caput*, tanto nos arts. 9º, 10 e 11, o legislador optou por tipos abertos, de múltiplo enquadramento típico. Nestes casos, embora estejamos diante de fatos típicos, e embora se trata de direito sancionar, não há problema algum na técnica legislativa escolhida,

¹⁴⁵ Os conceitos jurídicos indeterminados são “[...] expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser completado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.” (BARROSO, 2010, p. 311).

que visou enumerar tipos fechados apenas nos incisos. No caso do *caput*, as descrições são abertas, para melhor facilitar o eventual enquadramento dos atos de improbidade administrativa. Assim, se não foi possível o enquadramento típico nos atos descritos nos incisos, verificar-se-á a adequação típica relativamente aos atos constantes no *caput* dos artigos.

A opção legislativa é visível e, não obstante se tratar de direito sancionador, como dito, não há vinculação obrigatória a todos os postulados do direito penal e do direito processual penal, não havendo razão para deixar de se enquadrar determinada conduta, sob a famigerada alegação de que os atos de improbidade administrativa em comento são abertos e, não descrevendo pormenorizadamente as respectivas condutas, seriam imprestáveis. Não é muito lembrar que, se por um lado estamos diante de direito sancionador, por outro lado estamos diante de atos de natureza civil, tanto que o art. 37, § 4º, da Constituição Federal prescreve que “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.”¹⁴⁶

Havendo a adequação típica, constatar-se-á que se trata de ato formalmente ímprobo. A partir daí, haverá a necessária verificação de eventual improbidade material, que não se configurará, conforme Garcia e Alves (2008, p. 101), nos seguintes casos:

¹⁴⁶ Bertoncini (2007, p. 123 e 124) também enfrenta a questão: “Ora, se assim desejou o constituinte e assim procedeu o legislador infraconstitucional, por que a doutrina insiste em querer aplicar os postulados do direito penal à Lei 8.429/92, tornando-a sujeita à estrita tipicidade e suprimindo-lhe o caráter relativamente aberto, conferido especialmente por alguns princípios nela contemplados?” Em outra oportunidade, Bertoncini (2007, p. 155) faz questionamento interessante: “Ora, se os princípios não definem condutas, como se pretender serva legal e anterioridade nas situações que envolvam improbidade por violação de princípio da Administração Pública? Evidentemente, isso não é possível, sob pena de se exterminar não apenas a figura normativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, como igualmente reduzir a força normativa dos princípios hospedados no mencionado dispositivo, pela primeira vez dotados imediatamente de sanção, como consequência de sua direta desobediência.”

À improbidade formal deve estar associada a improbidade material, a qual não restará configurada quando a distorção comportamental do agente importar em lesão ou enriquecimento ilícito de ínfimo ou de nenhum valor; bem como quando a inobservância dos princípios administrativos, além daqueles elementos, importar em erro de direito escusável ou não assumir contornos aptos a comprometer a consecução do bem comum (art. 3º, IV, da CR/1988).

Neste caso, sugere-se investigar, para fins de verificação de improbidade material: “[...] quando a distorção comportamental do agente importar em lesão ou enriquecimento ilícito de ínfimo ou de nenhum valor [...]” e “[...] quando a inobservância dos princípios administrativos, além daqueles elementos, importar em erro de direito escusável ou não assumir contornos aptos a comprometer a consecução do bem comum (art. 3º, IV, da CR/1988).” A proposta é (1) verificar se a lesão ou o enriquecimento ilícito é ínfimo ou de nenhum valor. Neste caso, o parâmetro utilizado é a extensão da lesão ou do enriquecimento ilícito, até porque há casos em que os mesmos serão absolutamente desprezíveis. Ou ainda, (2) verificar quando a inobservância dos princípios administrativos importar em erro de direito escusável ou não assumir contornos aptos a comprometer a consecução do bem comum (art. 3º, IV, da CR/1988). Neste caso, os parâmetros utilizados são a eventual existência de erro de direito escusável ou a inexistência de lesão ao bem comum.

Em suma síntese, para a configuração do ato ímprobo, verificar-se-á se houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, “[...] precisamente em face da necessidade de uma lesão material ao bem jurídico tutelado, é dizer, aquele valor juridicamente protegido pela norma.” (OSÓRIO, p. 327 e 328), uma vez que “[...] exige-se do intérprete da norma contextualizada a realização de indispensável juízo de valor, que ultrapassa análise meramente formal, sob pena de se realizar uma verificação incompleta dessa categoria.” (BERTONCINI, 2007, p. 129).

Garcia e Alves (2008, p. 99 e 100) apresentam alguns exemplos interessantes¹⁴⁷:

Uma interpretação literal do texto conduziria à conclusão de que um agente público que anotasse um recado de ordem pessoal em uma folha de papel da repartição pública incorreria nas sanções do art. 12, II, da Lei nº 8.429/1992, já que causara prejuízo ao erário. Situação parecida ocorreria com aquele que recebesse um confeito de um particular ou se utilizasse de um grampo da repartição para prender documentos pessoais e levá-los para a sua residência pessoal, pois estaria sujeito às sanções do art. 12, inc. I, em virtude do enriquecimento ilícito.

A tais exemplos deve ser anotado o da eventual existência de boa-fé que, a depender do caso concreto, pode vir a tornar atípicos determinados atos formalmente típicos. Tais casos, não obstante, devem ser tratados com o cuidado devido, a fim de não despenalizarem atos verdadeiramente ímprobos, sob argumentos absolutamente vencíveis pela ausência de embasamento teórico.

Enfim, a simples adequação formal típica não se presta à configuração do ato ímprobo considerando a enormidade de casos concretos que não podem ser antecipadamente visualizados pelo legislador. Desta forma, soma-se a adequação material, visando à “[...] configuração da improbidade administrativa em sua acepção material, evitando-se a realização de uma operação mecânica de subsunção do fato à norma.” (Garcia e Alves, 2008, p. 100), e visando à configuração exata do tipo funcional¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Oliveira (2012, p. 105) apresenta o seguinte exemplo: “A título de exemplo, com o perdão do simplismo, um funcionário público que realiza de seu gabinete profissional uma simples ligação telefônica para a sua residência, em caráter particular, não comete, necessariamente, ato de improbidade administrativa. Primeiramente, pode não se visualizar, em sua conduta, o intento (elemento subjetivo) de enriquecer ilícitamente. No mais, provavelmente não haverá que se falar em prejuízo ao Erário, pois a culpa, no caso vertente, será leve, incompatível com o sistema da LIA. Por fim, sob a ótica objetiva, tal conduta pode não ser materialmente ímproba, embora possa sê-la sob o ângulo puramente formal. Isso porque tal conduta, não obstante possa adequar-se formalmente a um tipo previsto na LIA, não necessariamente irá atingir o *valor* protegido pela norma. Nesse caso, reprimendas correicionais poderão ser mais indicadas para o caso vertente.”

¹⁴⁸ Análise interessante faz Bertoncini (2007, p. 120 e 121): “Tratar do conceito de ato de improbidade administrativa abstraindo-se de qualquer outro elemento, a não ser o normativo, pretensamente analisado, além

Quanto ao elemento subjetivo nos tipos ímprobos, observa-se a sua necessária especificação no caso concreto, uma vez que não é admissível a responsabilização objetiva nem do agente público nem do terceiro, pois “[...] não teria qualquer lógica a responsabilização de terceiro sem o equivalente nexu ou liame subjetivo previsto para cada modalidade de ato de improbidade administrativa.” (SANTOS, R., 2012, p. 13).

Assim, é necessária a demonstração do dolo (direto ou eventual¹⁴⁹) ou da culpa¹⁵⁰ (negligência, imprudência ou imperícia) na conduta ímproba.

No caso dos atos ímprobos tipificados nos art. 9º e 11¹⁵¹, exige-se a demonstração do dolo¹⁵², considerando o silêncio eloquente¹⁵³ do legislador em tais casos. E no caso do art. 10,

de não expressar a real complexidade dessa categoria, permite escamotear, pelo emprego de uma reluzente retórica, pragmaticamente levado a cabo pelos operadores do direito, um dos mais relevantes problemas brasileiros, qual seja, a ‘cultura de improbidade’ verdadeira ideologia que de há muito transgride e lesa o país, condenando-o ao atraso e à grande desigualdade social, impedindo a construção de um verdadeiro espaço democrático.”

¹⁴⁹ Tourinho (2005, p. 173) faz a seguinte distinção: “Além do dolo *directus*, caracterizado pela prática da ação ou omissão consciente e buscando voluntariamente um resultado, há o *dolus eventualis* que se verifica quando o agente sabe que o ato que vai praticar é suscetível de produzir outra contrariedade ao direito, além daquela que ele deseja, porém prefere que aquela se produza a ter que renunciar ao seu desejo.”

¹⁵⁰ Quanto às condutas culposas, age culposamente “[...] aquele que, deixando de empregar a diligência de que era capaz em decorrência das circunstâncias, não previu o caráter ilícito de sua conduta ou do resultado desta, ou prevenindo-o, achou que o mesmo não ocorreria. Trata-se da potencial consciência da ilicitude, que com maior razão, é considerada no campo do Direito Administrativo, onde o agente somente pode atuar com base em lei.” (TOURINHO, 2005, p. 174).

¹⁵¹ No caso do art. 11, há a divergência apresentada por Osório (2007, p. 257): “Alguns dispositivos do art. 11, pela redação que se lhes deu, admitem a forma culposa. Não cabe aqui aduzir o caráter do direito penal, para sustentar que o silêncio faz presumir tipificação condutas estritamente dolosas. Já veremos que o modelo do direito administrativo sancionador não é, nem poderia ser, este. A redação dos dispositivos é o elemento mais palpável para aferir seu alcance termos de responsabilidade subjetiva.”

¹⁵² Há entendimentos em sentido contrário. Martins (2013, p. 213) não aceita a exigência de dolo para os casos de enriquecimento ilícito e ofensa a princípios da administração pública: “Não parece, todavia, ser essa a exegese correta. A exigência de dolo, ou seja, a comprovação cabal da intenção do sujeito em descumprir os mandamentos proibitivos de enriquecimento ilícito ou atentar contra os princípios, se levada às últimas consequências, não apenas reduz, como aniquila o espírito da norma, isto porque a comprovação do estado anímico nessas dimensões é quase uma quimera: nenhum agente público (nesta era pós-positivista) age ou se omite deixando rastros de sua vontade.”

¹⁵³ Oliveira (2012, p. 109) noticia “[...] o silêncio eloquente do legislador quanto ao elemento subjetivo no artigo em tela (art. 9º).” Alves e Pacheco (2008, p. 269) argumentam que “[...] tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.” Contudo, Osório

por expressa disposição legal, admite-se “[...] qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa.”^{154,155}

Em síntese apresentada por Oliveira (2012, p. 132):

Enfim, tem-se um panorama facilmente defensável, pelo respaldo legal, doutrinário e jurisprudencial que o sustenta: a) o simples *vínculo objetivo* entre a conduta do agente e o resultado ilícito é imprestável para fins de configuração de um ato de improbidade administrativa; b) os atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º e 11 da LIA exigem o *dolo* do agente; c) os atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da LIA exigem o *dolo* ou a *culpa* do agente; d) a previsão da *improbidade culposa* no art. 10 da LIA é medida perfeitamente *constitucional*; e) no caso do art. 10 da LIA, que admite condutas culposas, a configuração do ato de improbidade administrativa reclama a presença de *culpa grave*.

Enfim, o enfrentamento do elemento subjetivo é também fundamental na tipificação do ato ímprobo.

2.6 A desonestidade funcional estrita, a ineficiência funcional danosa e a deslealdade funcional: a corrupção, a ineficiência e a deslealdade como categorias de atos ímprobos

(2007, p. 268) afirma que “Somente no que se refere ao *caput* dos arts. 9º, 10 e 11 da LGIA homologamos a tese do silêncio eloqüente restritivo. Em outras palavras, o silêncio é eloqüente quanto ao *caput*, no sentido de restringir as ações ou omissões culposas somente ao campo do art. 10, *caput*, da LGIA.”

¹⁵⁴ Não obstante, há entendimento em sentido contrário, não admitindo a culpa para a configuração dos atos de improbidade administrativa, inclusive os do art. 10 da LIA. Neiva (2009, p. 07), por exemplo, assim se manifesta: “As condutas referidas nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992 seriam dolosas, enquanto o art. 10 estipularia ação ou omissão culposa, além de dolosa, havendo quem aceite um ato ímprobo culposo. Por sua vez, afrontaria a própria idéia de ímprobo aceitar um enquadramento com base na culpa. A conceituação exige o dolo, pois não se pode admitir desonestidade, deslealdade e corrupção por negligência, imprudência ou imperícia.”

¹⁵⁵ Este também é o entendimento de Garcia e Alves (2008, p. 267 e 268): “Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o *dolo* do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com *dolo* ou com *culpa*; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar improbidade.”

O modelo de ato ímprobo desenhado no plano legislativo (LIA) é aquele mesmo que serviu de opção no texto constitucional; ao menos este serviu de vetor e parâmetro. Na LIA, a tripartição dos atos ímprobos seguiu uma organização metodológica, de forma que o ato ímprobo não se contivesse em uma categoria diferenciada apenas, como um ato que importasse apenas enriquecimento ilícito, ou um que apenas causasse prejuízo ao Erário ou um ato que se limitasse a ofender princípios da administração pública.

Nesse contexto, observa-se que o legislador ordinário optou por estabelecer um sistema de subsunção típica progressiva, preferindo a tentativa de adequação aos atos estabelecidos no art. 9º (que importam enriquecimento ilícito), depois os estabelecidos no art. 10 (que causam prejuízo ao Erário) e só então aos previstos no art. 11 (que ofendam princípios da administração pública). A tentativa de subsunção típica do ato concreto em um dos tipos previstos na LIA parte, assim, do art. 9º, ao art. 10 e ao art. 11.

O art. 11 da LIA, por sua vez, “[...] é certamente o dispositivo da Lei 8.429/92 de maior grau de abrangência, haja vista serem os princípios de que trata, naturalmente, normas de generalidade superior relativamente àqueles que descrevem condutas.” (BERTONCINI, 2007, p. 166). Tal artigo serve, assim, como regra de reserva¹⁵⁶. Não havendo a adequação típica quanto aos dois primeiros artigos (9º e 10), verifica-se quanto ao art. 11. Assim sendo, a redação deste artigo talvez seja “[...] a comprovação mais nítida no ordenamento brasileiro de que os princípios não são apenas programáticos, mas contêm também cariz deôntico e

¹⁵⁶ “O art. 11 da Lei nº 8.429/1992 é normalmente intitulado ‘norma de reserva’, o que é justificável, pois ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 259). No mesmo sentido: “Outra coisa que se observa é que o art. 11 é certamente o dispositivo da Lei 8.429/92 de maior grau de abrangência, haja vista serem os princípios de que trata, naturalmente, normas de generalidade superior relativamente àqueles que descrevem condutas. Sendo assim, o operador do direito haverá de aplicar essa disposição como regra de reserva, ou seja, somente nos casos em que a conduta do agente público não esteja prevista em qualquer outra norma de maior especialidade expressamente prevista na Lei nº 8.429/92.” (BERTONCINI, 2007, p. 166).

sancionatório.” (MARTINS, 2003, p. 57).

No caso do art. 9º da LIA, o legislador se ocupou com os atos que importam em enriquecimento ilícito. Assim, iniciou-se tipificando aqueles atos frutos de desonestidade funcional estrita, as “[...] DESONESTIDADES FUNCIONAIS NÃO CORRUPITAS [...]” (OSÓRIO, 2007, p. 33).

Talvez este artigo seja o que mais se compreenda como ato de improbidade administrativa exatamente porque há uma confusão mental entre tais atos e aqueles de corrupção, que importam em enriquecimento ilícito. Contudo, o modelo tipológico da LIA não se limita, como se viu, a tais atos, que são apenas categorias de um todo. Vale dizer, o ato ímprobo não se resume aos frutos de desonestidade funcional estrita, o ato corrupto em sua essência.

No art. 10 da LIA, por sua vez, trata-se, em linhas gerais, da ineficiência¹⁵⁷ danosa, que acaba causando prejuízo ao Erário. Trata-se do imprudente, do negligente, do imperito. Em outras palavras, do ineficiente¹⁵⁸. Neste artigo, o legislador ocupa-se principalmente com o agente público que embora não enriqueça ilicitamente, causa prejuízo ao Erário. A desonestidade funcional aqui é ligada não ao ato de corrupção em si, mas à ausência de zelo, de atenção, de cuidado com a coisa pública, de diligência, de prudência que se espera e exige de qualquer agente público. Busca-se tipificar as condutas daqueles agentes públicos (e terceiros) que não se revelam eficientemente adequados para os cargos públicos que ocupam e

¹⁵⁷ Em entrevista concedida à Revista Veja, edição nº 2291, de 17 de outubro de 2012, p. 20, Egon Zehnder, especialista em recrutamento, assim respondeu a uma indagação que lhe foi feita: “É claro que se devem selecionar sempre pessoas com integridade, para impedir fraudes, tanto no setor público quanto no privado. Estima-se que o custo da corrupção represente 5% do faturamento das companhias, um dado aviltante. Estatisticamente, porém, a corrupção é menos nociva do que a escolha de um gestor ineficiente.”

¹⁵⁸ A relação entre o homem público e a sua atividade funcional, no âmbito da eficiência administrativa, foi estudada por Osório (2007, p. 112): “Uma das fundamentais virtudes do homem público é a sua prudência, o bom julgamento, a preparação adequada para o exercício das funções, a cautela e o respeito para com as obrigações de não causar danos a terceiros em nome do Estado.”

causam prejuízo ao Erário. Se, de um lado, o enriquecimento ilícito tem como fundamento a corrupção, os atos que causam prejuízo ao Erário e que atentam contra os princípios da administração pública têm como fundamentos a ineficiência e a deslealdade funcionais.

No caso dos atos que causam prejuízo ao Erário, o objeto jurídico a ser tutelado é a eficiência, que “[...] em que pese continuar situada sob a epígrafe das ‘utopias públicas’, assume um papel de norma de conduta, de imperativa observância pela administração.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 54). A eficiência, assim, é tratada expressamente na Constituição Federal (art. 37) e na LIA (art. 11 da LIA).

O dever de lealdade, por sua vez, não recebeu tratamento exposto no texto constitucional, embora conste como dever que, caso desatendido, pode configurar ato de improbidade administrativa (art. 11 da LIA). A lealdade se insere no valor confiança que regula as atividades funcionais e “[...] baliza as relações entre eleitores e escolhidos, administradores públicos e administrados, funcionários públicos em geral e os destinatários de suas decisões, governantes e governados.” (OSÓRIO, 2007, p. 139). Esta relação de confiança (lealdade) é quebrada quando o agente atenta contra princípios da administração pública ou contra deveres administrativos. A lealdade ancora-se, desta forma, na confiança que deve permear as relações funcionais, especialmente as públicas.

Não só. Garcia e Alves (2008, p. 262), ao falarem do dever de lealdade, apresentam as facetas deste dever: “a) trilhar os caminhos traçados pela norma para a consecução do interesse público e b) permanecer ao lado da administração em todas as intempéries.” Assim, na visão dos ilustres autores, o dever de lealdade preserva o “interesse público” e a fidelidade dos agentes públicos. Em linhas gerais, com base em notável contribuição doutrinária, pode-se dizer que o dever de lealdade formata-se no tripé confiança, interesse público e fidelidade.

Assim sendo, vê-se que o modelo tipológico desenhado na LIA consagrou, como dito, a corrupção, a ineficiência e a deslealdade como categorias de atos ímprobos, considerando-se,

no plano empírico, o entrelaçamento entre elas¹⁵⁹. Tem-se um modelo que tipifica os atos de corrupção e ainda os atos marcados pela negligência e pela deslealdade administrativas. Neste sentido, como dito anteriormente, de forma sucinta, a improbidade administrativa está diretamente relacionada à honestidade, à eficiência e à lealdade (no sentido de quebra dos princípios da administração pública e dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições) funcionais.

Segundo Osório (2007, p. 142), “Toda improbidade é, a um só tempo, expressão de ilegalidade, imoralidade e de deslealdade institucionais e administrativas.” Este é um modelo pronto, considerando-se que todo ato ilegal é naturalmente imoral e desleal. E todo ato ímprobo é um ato ilegal, tanto que sancionado pela LIA. O modelo adotado pela LIA tipifica a desonestidade funcional estrita (enriquecimento ilícito) no art. 9º. No art. 10, tipificam-se atos dolosos ou culposos que causam prejuízo ao Erário. Como se fala, neste artigo, em culpa, tem-se atos ímprobos baseados na negligência, na imperícia e na imprudência funcionais. Assim, estamos a falar em ausência de prudência, de diligência e de perícia que, em linhas gerais, transitam no campo da ineficiência administrativa. Vale dizer, o negligente, o imprudente e o imperito são ineficientes. E no art. 11, que tipifica os atos que atentam contra os princípios da administração pública, remete-se expressamente à violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Enfim, trabalha-se com um modelo formado essencialmente pela honestidade funcional estrita e pela eficiência

¹⁵⁹ Observe-se que “A ineficiência ainda traz consigo a triste conseqüência de comprometer o crescimento socioeconômico do país, que se vê travancado pela mediocridade dos recursos humanos disponíveis e pelo excesso de burocracia do aparato estatal, passando ao largo de qualquer referencial de boa gestão administrativa.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 55) No mais, o ambiente hostil ao atendimento dos deveres dos agentes públicos acaba estimulando a corrupção: “Trata-se de campo fértil à proliferação da corrupção: em meio a tantas dificuldades, há de ter o seu ‘valor’ aquele que vende alguma facilidade.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 55).

administrativa. Podemos incluir, ainda, a lealdade funcional, expressamente prevista no art. 11 da LIA, esta representando o conjunto de princípios e deveres eventualmente atentados¹⁶⁰.

Anote-se que o art. 11 da LIA tipifica os atos que atentem contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade¹⁶¹, imparcialidade¹⁶², legalidade¹⁶³, e lealdade às instituições. Como visto, tais deveres são também (ou podem ser) violados nos tipos anteriores, previstos nos arts. 9º e 10 da LIA, e no caso do art. 11 a previsão é em aberto, funcionando exatamente como regra de reserva.

Interessante ponderação faz Bertoncini (2007, p. 170):

Os atos de improbidade administrativa previstos nos incisos do art. 11, no *caput* do art. 10 e respectivos incisos, e no *caput* do art. 9º e seus respectivos incisos, são marcados pela violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, em última análise, as condutas da Lei 8.429/92 exigem para a sua caracterização o descumprimento desses deveres.

Assim, todo ato ímprobo afeta, ou pode afetar, de alguma forma, os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

¹⁶⁰ Em certa medida, Osório (2007, p. 144) caminha neste sentido: “O dever de lealdade institucional, tal e como se encontra previsto na cabeça do art. 11 da LGIA, deve compreender-se como um instrumento mais amplo, que vai além dos limites estreitos postos por outros deveres. Isso porque se trata de um instrumento pelo qual se valoram outros deveres subjacentes. Um sujeito é desleal porque, em dadas circunstâncias, descumpriu certos deveres, numa medida especialmente censurável.”

¹⁶¹ “A honestidade, um dos pilares de sustentação da justiça dos atos do agente público, é freqüentemente corroída pelo desejo de riquezas. A submissão do caráter ao dinheiro geral reflexos imediatos no atuar do agente e na satisfação do interesse público, pois seus atos não mais trarão em si a espontaneidade inerente à pureza d’alma a que se referiu Cícero, o que redundará no surgimento de posturas mais benéficas em relação àquele que o agraciou e no conseqüente afastamento do dever de imparcialidade.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 262).

¹⁶² “O dever de imparcialidade é, indiscutivelmente, um parâmetro de justiça, impedindo que termine por ser malferida a igualdade que deve estar presente entre todos os cidadãos em suas relações com o Poder Público. Como todo poder emana do povo, todos os agentes públicos haverão de se utilizar dos instrumentos que lhe são disponibilizados em prol da satisfação dos interesses da coletividade.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 262).

¹⁶³ “O que é causa de ato dessa natureza é a ilegalidade que viola a honestidade, a imparcialidade e a lealdade às instituições.” (BERTONCINI, 2007, p. 168). Martins (2013, p. 154 e 155) afirma que “A legalidade ficou, por assim dizer, na doutrina administrativa, como a própria essência e materialização do Estado de Direito.”

Em suma, o dever fundamental de probidade exige condutas (estritamente) honestas por parte dos agentes públicos e estimula, no sentido de obrigação e não de faculdade, a busca pela eficiência e pela lealdade institucionais. Todas estas categorias, como dito, são perfeitamente entrelaçadas¹⁶⁴, uma vez que o agente público probo é honesto, eficiente e leal¹⁶⁵.

2.7 A probidade administrativa e seu valor fundante: a necessidade de concretização do direito fundamental à probidade. A terceira geração dos direitos fundamentais e a probidade administrativa

A probidade administrativa é um valor, entre outros, escolhido pelo texto constitucional para dimensionar a administração pública. Vale dizer, a administração pública necessariamente deve se pautar pela probidade administrativa, buscando sempre atender aos padrões de honestidade, eficiência e lealdade funcionais estabelecidos na LIA.

¹⁶⁴ Osório (2007, p. 66) dá o seguinte exemplo: “Se resultasse necessário tolerar condutas imorais ou antiéticas para resultar resultados econômicos ou administrativos, então nos encontraríamos com algo em si mesmo impossível: o paradoxo da eficiência que destrói o dever de obediência à honestidade funcional. Os princípios e deveres públicos não de interpretar-se harmonicamente. Se é certo que do agente público são cobrados resultados, não menos correto que deles se cobram parâmetros éticos no agir administrativo. Tais parâmetros integram o conjunto de resultados obrigatórios.”

¹⁶⁵ Bertoncini (2007, p. 50) apresenta as correntes doutrinárias que tratam do ato de improbidade administrativa: “Poder-se-ia dizer que são basicamente cinco as correntes doutrinárias a tratarem do ato de improbidade administrativa: ● a *substantiva*, que compreende esse ilícito a partir da lesão ao princípio da moralidade administrativa (1); ● a *legalista* ou *formal*, que identifica o ato de improbidade administrativa como violação da lei, em sentido estrito (2); ● a *mista*, que entende caracterizado o ato de improbidade administrativa em função do atentado simultâneo ao binômio legalidade-moralidade (3); ● a *principiológica em sentido estrito*, que entende caracterizado o ilícito em razão do atentado aos princípios o art. 37, *caput*, da CF (4); ● a *principiológica em sentido amplo* ou da *juridicidade*, que compreende estar caracterizado o ato de improbidade, a partir da violação de quaisquer dos princípios da Administração Pública. Ou seja, identifica-se a improbidade como lesão à legalidade em sentido amplo, que conteria os demais princípios regentes da atividade administrativa. (5).”

Não é por menos que a seção I do capítulo VII da Constituição Federal, destinado à administração pública, determina a sua obediência aos “[...] princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” Estes princípios, em boa medida, constituem-se em âncoras da probidade, mais ainda quando se estabelece, na própria LIA, 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: [...]” Enfim, o valor probidade administrativa deve ser amplamente observado e atendido pelos agentes públicos¹⁶⁶ e pela sociedade em geral, visando à concretização do direito fundamental à probidade.

No mais, é válido consignar que, como a historicidade é uma das marcas dos direitos fundamentais, estes são divididos, no âmbito doutrinário, em gerações (ou dimensões)¹⁶⁷. Os direitos de primeira geração surgiram no final do século XVIII, capitaneados pela Revolução Francesa de 1789, que deu início à Idade Contemporânea, e marcados pelos ideários de

¹⁶⁶ De acordo com Tourinho (2005, p. 124), “Não importa qual seja a razão de ordem sociológica, filosófica ou política para esta cruel realidade, o importante é que medidas devem ser adotadas visando extirpar administradores ímprobos do âmbito da Administração Pública, modificando, assim, o cenário brasileiro no que concerne à comentada corrupção pública.” Osório (2007, p. 206) escreve no mesmo sentido: “Onde haja dinheiro público, a presença do erário, haverá, inegavelmente, a exigência do dever de probidade administrativa. Onde haja funções públicas conectadas ao setor público haverá a exigência de atendimento ao dever de probidade.” Vejamos, ainda, o entendimento de Oliveira (2012, p. 133): “Em suma, não convém nem a *demagogia*, transformando o enfrentamento do tema em pano de fundo para discussões maniqueístas, tampouco a *indiferença*, como se a improbidade administrativa não fosse um problema a ser devidamente enfrentado e vencido.”

¹⁶⁷ Criticando a expressão “geração de direitos”, Dimoulis e Martins (2011, p. 31) assim se manifestam: “Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto no âmbito de no interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores ‘gerações’ como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que inclui indiscriminadamente direitos de todas as ‘gerações’.” Marmelstein (2011, p. 60), por sua vez, faz as seguintes ponderações: “O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Na verdade, elas fazer parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.”

liberdade, igualdade e fraternidade¹⁶⁸. São os direitos civis e políticos¹⁶⁹. Os de segunda geração são os sociais, os culturais e os econômicos, e os de terceira são geração os de fraternidade ou solidariedade. Sobre estes, direitos de terceira dimensão, não obstante a inexistência de um catálogo doutrinário uniforme, podem ser citados os direitos: ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à propriedade, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação¹⁷⁰, ao desenvolvimento e à paz¹⁷¹.

Os direitos fundamentais de quarta geração¹⁷² citados pela doutrina são, entre outros: democracia, informação, pluralismo¹⁷³ e efetiva participação cidadã¹⁷⁴.

Há, inclusive, doutrina advogando o surgimento dos direitos de quinta geração¹⁷⁵, como, por exemplo, o direito à paz¹⁷⁶.

¹⁶⁸ *Liberté, égalité e fraternité*.

¹⁶⁹ “Os direitos civis e religiosos, resultantes das declarações liberais, são conhecidos como direitos de primeira geração. O grito de liberdade fora dado.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 46) No mesmo sentido, Bertoni (2012, p. 44): “Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos da liberdade, civis e políticos, de natureza individual, do homem em face do Estado.”

¹⁷⁰ Exemplos citados por Novellino (2011, p. 389).

¹⁷¹ Exemplos de Marmelstein (2011, p. 54), que fala em “[...] o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.”

¹⁷² Contudo, quanto a estes, vale a lição de Sampaio (2010, p. 278): “Os direitos de quarta geração estão em fase de definição e ainda não despertaram consenso entre os estudiosos. Seriam, para uns, desdobramento da terceira geração, com destaque necessário para a vida permanente e saudável na e da Terra, compondo os direitos intergeracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado, como se afirmou na Carta da Terra ou Declaração do Rio de 1992, repercutindo-se no manifesto de Tenerife e, incluindo-se ao lado da proteção da cultura, na cláusula 9 do Documento Final do Encontro de Ministros da cultura do Movimento dos Países Não Alinhados, realizado em Medellín, Colômbia, entre os dias 3 e 5 de setembro de 1997.”

¹⁷³ Neste sentido, Bertoni (2012, p. 45): “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.”

¹⁷⁴ “Há pensadores, no entanto, que encartam na quarta geração os direitos de efetiva participação cidadã que alargaria as fronteiras democráticas.” (SAMPAIO, 2010, p. 279).

¹⁷⁵ “Como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração dos direitos humanos com múltiplas interpretações.” (SAMPAIO, 2010, p. 282).

¹⁷⁶ Novellino (2011, p. 389) cita o exemplo de Paulo Banavides: “Com base na doutrina de Karel Vasak, o *direito à paz* era classificado por BONAVIDES com um direito de terceira geração. Todavia, atualmente, o mestre cearense vem sustentando que a paz, enquanto axioma da democracia participativa, é um direito fundamental de

Contudo, é necessário lembrar que tal localização dos direitos fundamentais em dimensões diversas guarda hoje relativa perplexidade, na medida em que há direitos fundamentais, por exemplo, decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo texto constitucional, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, é possível a catalogação de direitos fundamentais sem vínculo obrigatório com alguma de suas dimensões. Silva, P. (2010, p. 3) fala em novos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais considerados em si mesmos experimentam, de igual efeito, um fenômeno interessante que se traduz na possibilidade de se qualificar, como direitos fundamentais, sejam estes decorrentes ou não na norma do art. 5º, § 2º, da Constituição, e com enquadramento não muito evidente como direito individual, social, econômico ou cultural, o que permite afirmar que, na modernidade, um direito fundamental não pode mais ser classificado pela respectiva geração, pois que pode trazer elementos, em sua estrutura, referentes, ao mesmo tempo, tanto aos direitos de liberdade quanto aos direitos de igualdade.

No caso da probidade administrativa, estamos diante de um direito fundamental transnacional e que também pode ser incluído como de terceira geração¹⁷⁷. Inicialmente, Bertoncini (2007, p. 114)¹⁷⁸ tratou a probidade administrativa como um “[...] direito

quinta geração.” De mesmo modo, Marmelstein (2011, p. 57): “Mais recentemente, o mesmo professor vem defendendo a existência de uma quinta geração de direitos, que seria o direito à paz universal.”

¹⁷⁷ A doutrina, em casos similares, como o reconhecimento dos direitos fundamentais ao patrimônio público e à moralidade administrativa, entende que tais direitos pertencem “[...] aos chamados direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, e, mais especialmente, ‘direitos de solidariedade’.” (MARTINS, 2013, p. 60). O autor assim se manifesta sobre os direitos fundamentais de solidariedade: “Os direitos fundamentais de solidariedade são aqueles positivados para o estabelecimento do nível de tutela contraposta aos efeitos do avanço tecnológico mitigador da liberdade em face da expansão das atividades estatais e privadas que podem atentar contra a qualidade de vida, a higidez no trato da coisa pública, o meio ambiente, os direitos de consumo, o desvio orçamentário em detrimento das políticas públicas – bens e direitos esses que, como passíveis de lesividade ou atentado, são materializados por uma titularidade coletiva.” (MARTINS, 2003, p. 61).

¹⁷⁸ “Nessa medida, as diversas concepções de improbidade administrativa pouco contribuem nos contextos linguístico, sistêmico e funcional para a compreensão e efetivação do princípio da probidade administrativa, direito fundamental de terceira geração e de natureza transnacional.” (BERTONCINI, 2007, p. 114).

fundamental de terceira geração e de natureza transnacional.” Contudo, em outro trabalho¹⁷⁹, Bertoncini (2012, p. 44) evoluiu e considerou o direito fundamental à probidade administrativa como um direito “transnacional”, “[...] a ser incluído no rol dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, decorrente de seus próprios princípios e regras e das Convenções anteriormente referidas.” E, nesta mesma obra (BERTONCINI, 2012, p. 45), apresentou a síntese perfeita:

O que importa, no entanto, é o reconhecimento dos direitos de fraternidade e universalidade como direitos fundamentais, direitos de uma nova dimensão, que abarca, seguramente, o direito subjetivo à probidade administrativa, universalizado pela Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, direito esse acolhido entre nós por força do § 2º do art. 5º da CF.

Assim sendo, a formatação de uma teoria geral do ato ímprobo é fundamental para o embasamento teórico do tema e para a sua própria percepção social.

¹⁷⁹ “A partir dos primórdios do século XXI, pode-se seguramente 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**. A dimensão desse direito subjetivo não é mais nacional, é transnacional. Trata-se de um novo direito fundamental a ser incluído no rol dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, decorrente de seus próprios princípios e regras e das Convenções anteriormente referidas” (BERTONCINI, 2012, p. 44).

3. A probidade administrativa como um direito fundamental: contornos normativos (dinamismo constitucional)

Viu-se que os direitos fundamentais integram um sistema de perspectiva referencial, de modo a formatar e sistematizar o ordenamento jurídico, baseado este em determinados valores escolhidos pelo povo, via Poder Legislativo, com forte conotação histórico-cultural.

Nessa perspectiva constitucional e referencial, encontra-se a probidade administrativa como um valor¹⁸⁰, um princípio, um direito fundamental (formalmente e materialmente fundamental) sob premissas sólidas e bem definidas.

Embora o desafio deite na “[...] impossibilidade de se conceituar, de forma cabal, direito fundamental.” (SILVA, P., 2010, p. 37), é válido acrescentar que os direitos fundamentais apresentam, em linhas gerais, no dizer da doutrina, as seguintes características¹⁸¹: universalidade, historicidade, irrenunciabilidade, limitabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. Silva, P. (2010, p. 38) fala em: “[...] universalidade, caráter absoluto, historicidade, inalienabilidade, indisponibilidade e vinculação dos poderes estatais a eles.”

No caso do direito fundamental à probidade administrativa, todas estas características são vistas. Ele é universal porque existe um núcleo mínimo exigível em qualquer sociedade; ele é transnacional, não obstante o fato de que determinados países são mais rigorosos ou não com a corrupção¹⁸² e a ineficiência funcional. Alguns, é verdade, tratam do tema de forma tímida e, muitas vezes, apenas no âmbito formal, por diversas razões, entre elas, o

¹⁸⁰ Segundo Sarlet (2008, p. 75), há um “[...] reconhecimento da dimensão axiológica, isto é, dos valores, ínsita aos princípios, mas também presente nas regras.”

¹⁸¹ Conforme Novelino (2011, p. 386). Lenza (2008, p. 590) fala, também, em concorrência.

¹⁸² Freitas (2009, p. 10) anota que “[...] desde o período colonial, pela maciça exposição a métodos filosóficos e até de sistêmica corrupção, a sindicabilidade erguida ao plano dos direitos fundamentais merece uma afirmação mais incisiva, afastados os paralisantes temores no tocante ao protagonismo moderado e sistemático dos controladores.”

enfraquecimento das instituições. Contudo, trata-se de tema universal, disciplinado, inclusive, em tratados internacionais.

De mesmo modo, o direito fundamental à probidade administrativa é marcado pela historicidade, uma vez que se desenvolveu, e se desenvolve, na linha histórica das sociedades, uma vez que “[...] a existência dos direitos fundamentais é fruto do desenvolvimento histórico de cultura de cada sociedade (historicismo).” (ABBOUD, 2011, p. 342). No mais, trata-se de direito irrenunciável, não se admitindo a renúncia ao seu núcleo substancial. A maior ou menor efetividade deste direito não será medida pela sua eventual renunciabilidade ou não, mas pela eficácia e lisura das instituições. E outra característica comum aos direitos fundamentais e que se é vista no direito à probidade administrativa é a sua limitabilidade, considerando-se que não se trata de direito absoluto. Como se verá, no âmbito das ineficiências funcionais, por exemplo, há uma margem de erro juridicamente tolerável, baseando-se na “[...] liberdade responsável do agente público.” (FREITAS, 2009, p. 12).

E quanto à prescritibilidade no âmbito da improbidade administrativa (art. 23 da LIA¹⁸³), é válido mencionar que são prescritíveis apenas “As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas [...]” na LIA. Assim, o que prescrevem são as ações que visam às sanções do art. 12 da LIA. Tanto é que o art. 37, § 5º, da Constituição Federal determina que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.” Em suma, o ressarcimento ao Erário¹⁸⁴, que é sanção na LIA (art. 12, incs. I, II e III), é imprescritível.

¹⁸³ “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

¹⁸⁴ O art. 5º da LIA diz que “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.”

Contudo, tais observações são apenas periféricas, visando fomentar o debate sobre o tema, uma vez que “Todas essas características passam hoje por uma revisão crítica e por isso mesmo comportam problematizações.” (SILVA, P., 2010, p. 38). Vale dizer, a apresentação e discussão de tais características não faz parte, atualmente, do debate central relativo aos direitos fundamentais, considerando-se que a generalização, neste terreno, vai de encontro a uma tendência de particularização de determinados direitos fundamentais, na esteira, também, do que contém o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Como visto, Silva, P. (2010, p. 38) fala ainda em “[...] vinculação dos poderes estatais a eles”. E esta é a característica talvez mais importante dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental à probidade administrativa. Ao vincular os “poderes estatais”, o direito fundamental à probidade administrativa faz valer exatamente o condicionamento da administração pública, baseado no compromisso constitucional, conforme melhor estudado posteriormente.

3.2 A (teoria da) fundamentalidade formal

A probidade administrativa é, antes de tudo, e o começo de muito, um direito expressamente positivado, escrito, na Constituição Federal (fundamentalidade formal)¹⁸⁵ e, como se sabe, “[...] todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais [...]” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 49). Ainda mais evidente: “Desse modo, no sentido

¹⁸⁵ Santos Neto (2008, p. 257) fala em conceito formal: “Sustenta-se, então, como consequência desse desenvolvimento que o primeiro conceito possível de direito fundamental é o *conceito formal*, que recebe esta designação justamente por utilizar um critério formal para delimitar a categoria dos direitos fundamentais. Este critério, por sua vez, pode ser o fato de os direitos ‘pertencerem’ a um determinado catálogo de direito, incluindo-se nesta idéia a própria Constituição.” Alexy (2008, p. 520), assim se refere à fundamentalidade formal: “A *fundamentalidade formal* das normas de direitos fundamentais decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.”

estritamente formal, os direitos fundamentais são aquelas posições jurídica reconhecidas às pessoas por decisão expressa do legislador constituinte.” (CUNHA JÚNIOR, 2010b, p. 542). Disto se pode dizer, e quanto a isto não se discute, que este é um direito previamente escolhido pelo povo, via Poder Legislativo, na representação que lhe é inerente¹⁸⁶. Em suma, o direito à probidade administrativa é um daqueles direitos com matriz constitucional, presentes no texto que serve de referência normativa, quando não ideológica, a todo o sistema jurídico-legal brasileiro. E, consigne-se, “[...] cada norma de imediata aplicação da Constituição tem que homenagear a própria Constituição, **formal, material e eficazmente**.” (BRITTO, 2003, p. 158).

Canotilho (1941, p. 403) ensina que “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal.” Deste modo, a simples categorização como norma constitucional empresta, ou pode emprestar, a determinado direito a pecha de fundamental.

A probidade administrativa, embora não conste no rol do art. 5º da Constituição Federal, tem assento no título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), exatamente no art. 14, § 9º, além de em outros dispositivos na Constituição Federal¹⁸⁷. Observe-se que, tratando-se de direitos fundamentais, “[...] a *sedes materiae* é o Título II, que trata ‘Dos

¹⁸⁶ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

¹⁸⁷ “O constituinte originário, portanto, ao frisar em diversas disposições, espalhadas estrategicamente pelo corpo do texto constitucional, 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’, no dizer de André Ramos Tavares.” (BERTONCINI, 2007, p. 138 e 139). A bem da verdade, os direitos fundamentais são aqueles positivados constitucionalmente (*formalmente* fundamentais), salientando-se que “[...] os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5º da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional.” (LENZA, 2008, p. 587).

direitos e garantias fundamentais’, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim como as respectivas garantias.” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 33). Assim sendo, “Em princípio, portanto, tudo o que está no Título II pode ser considerado direito fundamental.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 23).

De início, verifica-se que o desenho geográfico da Constituição Federal é claro no sentido de colocar a probidade administrativa dentro do capítulo IV (“DOS DIREITOS POLÍTICOS”), no título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), ao lado dos direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), dos direitos sociais (capítulo II) e da nacionalidade (capítulo III). Em suma, no título que destinou a cuidar dos direitos e garantias fundamentais (título II), a Constituição Federal sistematizou tal título em capítulos, dividindo-os em número de quatro: direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), direitos sociais (capítulo II), nacionalidade (capítulo III) e direitos políticos (capítulo IV). E como bem disseram Dimoulis e Martins (2011, p. 48), “Os direitos garantidos na Constituição são fundamentais porque se encontram no texto que regulamenta os fundamentos da organização política e social.”

Assim, vê-se que o texto constitucional destinou ao título II quatro capítulos, elegendo os temas que enumerou como sendo direitos e garantias fundamentais, de forma sequencial (direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade e direitos políticos), evidenciando as suas escolhas quanto ao tema. No caso da probidade administrativa, a vinculação expressa ao texto constitucional se deu no capítulo IV, destinado aos direitos políticos, e dentro o título II, que trata especificamente dos direitos e garantias fundamentais.

A incursão ao texto constitucional evidencia, ainda, que a probidade administrativa é expressamente tratada, de início, no mencionado título II. De se ver, o direito à probidade administrativa ganha roupagem constitucional logo e imediatamente no título destinado aos direitos e garantias fundamentais. E não só. O seu primeiro contato com o texto constitucional

faz-se no art. 14, § 9º, evidenciando-se o cuidado do legislador constitucional com tal direito, na medida em que não se ocupou apenas com a citação expressa deste, mas notabilizou a necessidade de que sua proteção (constitucional) seja enfaticamente respeitada (“a fim de proteger a probidade administrativa”).

A fundamentalidade formal¹⁸⁸ deste direito (direito à probidade administrativa), no âmbito constitucional, se não é a sua principal característica, é de notável importância sistêmica e até mesmo simbólica. A princípio, atesta-se que se trata de direito com dimensão constitucional, inicialmente tratado no local constitucionalmente escolhido (título II) para reverenciar os direitos e garantias fundamentais. O simbolismo emana desta colocação topográfica, muito mais que uma manifestação expressa de escolha.

No âmbito doutrinário, a exegese é a mesma. Pereira (2006, p. 81) ensina que “Do ponto de vista *formal*, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais.” Assim, são fundamentais os direitos desta forma qualificados pela ordem constitucional, consignando-se que “Atualmente, na maior parte dos Estados Democráticos, os direitos fundamentais estão catalogados e assegurados em textos constitucionais.” (ABBOUD, 2011, p. 341). A dúvida se inicia na necessidade de se especificar ou não o local da alocação do direito no texto constitucional.

¹⁸⁸ Alexy, por exemplo, adota o critério formal de positividade pré-estabelecida. Vide, a propósito, as lições de PAMPLONA FILHO, BRANCO e BARROS (2012): “Já Robert Alexy recorre ao positivismo para determinar o que sejam normas de direito fundamental, trazendo uma resposta compatível com a coerência interna da Constituição alemã: é fundamental a norma prevista em critério formal, que corresponde a um critério de positividade pré-estabelecido. Logo, a definição primeira do que seja direito fundamental cabe muito mais a uma atuação política e não meramente interpretativa de um determinado conteúdo. Isto não implica que Alexy propugne ser este sistema de direitos fundamentais um sistema fechado. Ao revés, defende a existência de normas não diretamente enunciadas pela Constituição com conteúdo fundamental, que nomeia como ‘normas de direito fundamental atribuídas’. Assim, para este autor, existem dois grupos de normas de direitos fundamentais: as estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as atribuídas.”

Observe-se que o entendimento sobre a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais pode se partir em três: 1) só são direitos fundamentais os previstos no art. 5º da Constituição Federal; 2) são direitos fundamentais os previstos no título II da CF; 3) são direitos fundamentais os positivados em qualquer dispositivo constante na Constituição Federal (desde que efetivamente vinculados à dignidade humana).

No caso do art. 5º, como visto, insere-se no capítulo I do título II, destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos. Trata-se de uma parte (um capítulo) de um todo (um título). E este todo, o título II, debruça-se sobre os direitos e garantias fundamentais. Assim, vincular os direitos fundamentais a tal artigo (5º) do texto constitucional, e ao capítulo I, em consequência, acaba desconstruindo a própria sistemática do título II.

Vale dizer, e é necessário repetir, o todo (título II) trata justamente dos direitos e garantias fundamentais, sendo que o art. 5º (título I) foi eleito pelo constituinte para se ocupar apenas (e não exaustivamente) com os direitos e deveres individuais e coletivos.

Assim, caso o legislador constitucional quisesse, e não quis, vincular os direitos e garantias fundamentais apenas ao art. 5º da Constituição Federal não haveria necessidade de dividir o título II em quatro capítulos, bastando o contido no capítulo I.

Essas razões nos levam a crer, com razoável grau de convicção, que não se pode vincular os direitos fundamentais aos direitos enumerados no art. 5º do texto constitucional (capítulo I do título II), pois não foi esta a intenção do legislador constitucional. Se estamos a falar de fundamentalidade formal, a análise topográfica do texto é muito mais do que simbólica, é necessária, na medida em que revela verdadeira intenção o legislador ao cuidar de tema que lhe pareceu notadamente especial.

Advoga-se, ainda, o entendimento de que são direitos fundamentais os previstos no título II da Constituição Federal. Este entendimento, mais aceitável, vincula os direitos fundamentais aos enumerados não só no capítulo I do título II do texto constitucional, mas a

todos os quatro capítulos deste título. O entendimento em comento parte da literalidade do texto, uma vez que se apropria, e não indevidamente, da compreensão do próprio legislador constitucional, que deixou claras, como visto, as suas escolhas.

Contudo, ultrapassando o campo da fundamentalidade formal, há o entendimento de que são direitos fundamentais os positivados em qualquer dispositivo constante na Constituição Federal, desde que efetivamente vinculados à dignidade humana. Neste sentido, qualquer direito com esteio constitucional (fundamentalidade formal ampla), vinculado à dignidade humana (fundamentalidade material), é de natureza fundamental.

O último entendimento, como se vê, faz conjugação da fundamentalidade formal com a fundamentalidade material¹⁸⁹, certamente para prestigiar os direitos com matriz constitucional e vinculados a determinado valor (dignidade humana) eleito pelo legislador constitucional, no dizer da doutrina, como o referencial de todo o sistema. Assim, um direito previsto na Constituição Federal já tem indício de fundamentalidade, e na medida em que se vincula com a dignidade humana, tona-se inegavelmente um direito fundamental, na exata compreensão de que “Dignidade que o Direito reconhece como fator legitimante dele próprio e fundamento do Estado e da sociedade.” (Britto, 2010, p. 26).

Sobre o tema, Sarlet (2008, p. 103 e 104) diz que “[...] com relação às normas de direitos fundamentais integrantes do Título II se admite que vigora uma presunção de que sejam normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material [...]”¹⁹⁰ Contudo, quanto

¹⁸⁹ Santos Neto (2008, p. 260) fala ainda em conceito procedimental de direitos fundamentais: “Segundo o conceito procedimental de direitos fundamentais, o ‘decisivo’ é saber se esta categoria de direitos é tão importante de modo que a opção entre garanti-los ou não garanti-los possa ser confiada à maioria Parlamentar.”

¹⁹⁰ Valle (2011, p. 82), sobre estas reflexões, assim anota: “Observe-se que a concretização desse direito permitiria atender, igualmente, o critério proposto por Sarlet de identificação de direitos materialmente fundamentais implícitos no texto constitucional - ‘para reconcher um direito fundamental fora do título II, ainda que seja na Constituição, preciso demonstrar a sua fundamentalidade material, que é presumida em relação aos direitos do Título II’. Ora, se é no âmbito da função administrativa que se assegura a concretização dos direitos fundamentais no que toca aos deveres de atuação do Estado, evidente a indissociação entre resultado

“[...] a identificação e fundamentação de direitos não-escritos ou positivados em outras partes da Constituição, não se poderá dispensar um exame acurado no sentido que sejam guindadas à condição de direitos fundamentais [...]” (SARLET, 2008, p. 104). E é exatamente esta a interpretação que se mostra, ao nosso sentir, mais autorizada: há presunção de fundamentalidade dos direitos previstos no título II da Constituição Federal (e, obviamente, no art. 5º), não se desprezando outros, previstos no texto constitucional¹⁹¹, desde que efetivamente vinculados à dignidade humana e desde que verificados alguns parâmetros, de maneira acurada. Vale dizer, quanto aos direitos fundamentais integrantes do Título II se admite que sejam presumidamente fundamentais também em sentido material e esta presunção ganha roupagem de certeza desde que efetivamente vinculados à dignidade humana.

De qualquer sorte, quanto ao direito (fundamental) à probidade administrativa, vê-se que a sua fundamentalidade formal é manifesta, na medida em que se encontra (inicialmente) escrito no capítulo IV (direitos políticos) do título II do texto constitucional, título este destinado aos direitos e garantias fundamentais. Tal inserção gesta a ideia de que se trata de direito formalmente fundamental e, ao menos presumidamente, direito também materialmente fundamental (e o é, como se verá).

3.3 A dignidade humana como valor paradigmático e referencial e sua correlação direta e efetiva com a probidade administrativa: a (teoria da) fundamentalidade material

(normalmente tutelado no elenco do Título II) e meio, cujos parâmetros de atuação se veriam definidos no direito fundamental à boa administração.”

¹⁹¹ Nesse sentido, Sarlet (2008, p. 103): “Certo é que a tarefa, por vezes árdua, de identificar (e, acima de tudo, justificar esta opção) posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da nossa Lei Fundamental, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais.”

Viu-se que o direito à probidade administrativa é formalmente fundamental (fundamentalidade formal). Há, assim, no dizer da doutrina, verdadeira presunção de que os enumerados no título II da Constituição Federal são direitos (também) materialmente fundamentais. Alexy (2008, p. 522) nomina tais direitos de fundamentalmente substanciais “[...] porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.”

Observe-se que no título II insere-se o art. 5º e nele podem ser visualizados direitos que, não obstante fundamentais (formalmente fundamentais), são de difícil ingestão quanto à sua fundamentalidade material¹⁹². É possível citar, por exemplo, os incisos XXI (“[...] as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente [...]”), XXV (“[...] no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano [...]”), XXVI (“[...] a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento [...]”), XLIII (“[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem [...]”) e

¹⁹² Conforme Canotilho (1941, p. 406), “[...] há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental.” Em outra passagem, Canotilho (1941, p. 403) ensina que: “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. Art. 16^o), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais.”

LIX (“[...] será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal [...]”), do texto constitucional. O caso talvez mais emblemático seja o do inc. XXXIV, b (“[...] são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] b) a obtenção de certidões¹⁹³ em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal [...]”). Contudo, por opção legislativa, são direitos fundamentais (formalmente fundamentais)¹⁹⁴.

Nesse contexto, para atingir este *status* de direito fundamental, formalmente e materialmente fundamental, vincula-se a existência deste direito à sua localização jurídico-legal (esteio constitucional, em especial no título II) com a sua correlação e vinculação direta e efetiva com a dignidade humana¹⁹⁵, fundamento da República¹⁹⁶. Isto porque, na esteira da doutrina, a dignidade humana “[...] assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição.” (SARLET, 2008, p. 105). Em suma, como leciona Cunha Júnior (2010b, p. 539): “[...] os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua *fundamentalidade material*.” E, no caso do direito (fundamental) à probidade administrativa,

¹⁹³ FERREIRA FILHO (2007) faz comentário sobre o dispositivo em tela: “No primeiro caso, está, por exemplo, o direito à vida (art. 5º, caput da Constituição brasileira), indiscutível direito material fundamental, e o direito a certidões (inciso XXXIV, ‘b’) que, embora importante, não se liga à dignidade da pessoa humana. Este último seria um típico direito apenas formalmente fundamental.”

¹⁹⁴ Gomes e Albergaria (2012, p. 21) chamam direitos constitucionais não exatamente fundamentais: “Além disso, podemos ter ‘direitos constitucionais’ não exatamente ‘fundamentais’, no sentido de não terem uma ligação de antecedência histórica com o complexo dos ‘direitos naturais’ ou com origem nas Revoluções Liberais (ex: FGTS, art. 7º, inc. III, CR/88).”

¹⁹⁵ Barroso (2013b, p. 29) enumera, com detalhes, a consagração da dignidade humana nos documentos e na jurisprudência internacionais.

¹⁹⁶ “Um segundo critério, que vem recebendo tratamento festejado pela doutrina, implica não na equiparação de direitos externos aos direitos do catálogo com os integrantes dele, mas, sim, à vinculação dos direitos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por este critério, seriam direitos fundamentais fora do catálogo, embora submetidos ao mesmo regime jurídico, aqueles definidos em sítio diverso, na Constituição Federal, que não o Título II, ou em tratados internacionais, mas que guardem vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana.” (SCHIER, 2007, p. 264 e 265).

evidenciar-se-á a sua estreita correlação com a dignidade humana, a fim de se comprovar a também fundamentalidade material¹⁹⁷ deste direito.

Anote-se, desde início, que a dignidade da pessoa humana “[...] confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional [...]” (SARLET, 2008, p. 81), tratando-se de “[...] critério unificador de todos os direitos fundamentais [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2010b, p. 540). Pereira (2006, p. 77), quanto ao tema, assim leciona:

Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo.

E, no caso em tela, não há dúvida de que o direito (fundamental) à probidade administrativa é essencial (“essencialidade”) ao atingimento (“implementação”) efetivo da dignidade humana. Em suma, há de se indagar como seria possível implementar a dignidade humana, no âmbito da administração pública, prescindindo-se da probidade (honestidade, eficiência e lealdade) administrativa.

Sobre o que se entender em relação à dignidade humana, Barroso (2013b, p. 61) faz as seguintes considerações: “Tendo suas raízes na ética, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar, um *valor*, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa.” No que tange ao conteúdo mínimo da dignidade, o autor (BARROSO, 2013b, p. 72) assim leciona:

¹⁹⁷ Santos, F. (2010, p. 178) faz a seguinte ponderação: “Os direitos fundamentais como ordem valorativa objetiva, assumem um significado que ultrapassa a noção primeira e básica de direitos a ações negativas, isto é, direitos ao não impedimento de ações, de não afetação de propriedades e situações, de não eliminação de posições jurídicas. Adquirem, assim, o sentido de fundamentalidade material, pois, com eles, tomam-se decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade e passam a constituir, como expressa Konrad Hesse, *‘as bases da ordem jurídica da sociedade’*.”

Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

O valor intrínseco, segundo o autor, “[...] é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser.” (BARROSO, 2013b, p. 76). A autonomia, por sua vez, é “[...] o elemento ético da dignidade humana.” (BARROSO, 2013b, p. 81). E o valor comunitário é “[...] o elemento social da dignidade.” (BARROSO, 2013b, p. 87).

Quanto ao Direito Administrativo, especificamente, Santos Neto (2008, p. 423) entende que “[...] o sistema de direito administrativo deve conexão ao sistema jurídico global, que é uma ordem superior informada pela norma jusfundamental, que por sua vez concentra toda sua concreção na intangibilidade da dignidade da pessoa humana.” A dignidade humana, assim, tem ampla incidência sobre o Direito Administrativo e sobre a administração pública em geral.

Consigne-se que Osório (2007, p. 308) deixa claro que “Direitos fundamentais são aqueles que se encontram plasmados na ordem constitucional brasileira [...] dotados de essencialidade à pessoa humana, direta ou indiretamente [...]” E o que se tem é que a dignidade da pessoa humana, inserida no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, é “[...] fundamento de posições jurídico-subjetivas [...]”¹⁹⁸, salientando-se que “[...] os direitos

¹⁹⁸ “Assim, adiantando aqui aspecto que voltará a ser referido, verifica-se que o dispositivo constitucional (texto no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.” (SARLET, 2008, p. 72 e 72).

fundamentais encontrem o seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana [...]” (SARLET, 2008, p. 73).

Assim, a dignidade humana é mais do que um fundamento da república, ela tem, na visão de Jacintho (2006, p. 19), uma dupla dimensão: dimensão axiológica e dimensão de direito fundamental. Na primeira, ela assume posição de “eixo hermenêutico” e, na segunda, apresenta “natureza jusfundamental”. Veja que, como dito pela doutrinadora, a dignidade humana possui uma dimensão de “eixo hermenêutico”, vale dizer, de princípio, de valor que norteia toda a atividade hermenêutica. Em suma, “Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.” (BARROSO, 2013a, p. 43).

Nesse contexto, a dignidade humana encontra-se “[...] na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles.” (BARROSO, 2010, p. 251), sendo, desta forma, um valor referencial do sistema constitucional e sua correlação com o direito (fundamental) à probidade administrativa é inconteste, na medida em que não se pode vislumbrar o alcance da dignidade dos cidadãos, inclusive como destinatário de direitos fundamentais, sem que estes cidadãos tenham à sua disposição uma administração pública proba. Se há um “[...] direito a uma existência digna [...]” (SARLET, 2008, p. 74), tal direito tem vínculo direto com o da probidade administrativa, que serve de alicerce e fundamento de efetivação de outros direitos (saúde, educação etc)¹⁹⁹. Em suma, a dignidade humana é “Tanto quanto um dever ser, ou seja, um comando de obrigar, permitir e proibir

¹⁹⁹ No mesmo sentido, Martins (2013, p. 53) leciona que “[...] há uma tendência doutrinária que compreende o valor da dignidade da pessoa humana, tantas vezes transcrito nas Constituições mundiais, como o vetor preponderante dos direitos fundamentais. Possível compreender que o axioma da dignidade da pessoa humana, inserido como fundamento na Constituição Federal (art. 1.º, III), transparece nitidamente como *fonte* do ordenamento jurídico, sendo que a partir dele toda norma jurídica constitucional ou infraconstitucional se desdobra, permitindo alcançar os objetivos (*foz*) presentes na mesma Constituição (art. 3.º): erradicação da pobreza e da marginalidade e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” Piovesan (2012, p. 87) desta forma se manifesta: “Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade.”

[...]”, como ela é “[...] um ser, existente na realidade e anterior ao texto normativo que a expressa. E, nesse sentido, é um valor.” (JACINTHO, 2006, p. 26). Em outras palavras, é um valor supremo, conforme Jacintho (2006, p. 31):

Em síntese apertada, podemos dizer que a dignidade humana está sendo construída não apenas como uma idéia abstrata que deve guiar o trabalho de interpretação do direito, ou de orientar a atividade legiferante. É um *valor supremo*, e, como tal, adquire foros de obrigatoriedade, não apenas pela sua carga axiológica, mas principalmente porque se consubstancia através de normas jusfundamentais, tema de que a seguir trataremos.

Como visto, não obstante a ausência de letra expressa nesse sentido, não é difícil eleger a dignidade humana como um valor ideológico referencial, um “[...] verdadeiro superprincípio²⁰⁰ constitucional [...]” (PIOVESAN, 2012, p. 87), embora tenha quem entenda que este megaprincípio é a democracia²⁰¹ e quem entenda que não existe apenas uma única referência²⁰². A democracia, “[...] projeto moral de autogoverno coletivo [...]” (BINENBOJM, 2014, p. 50), é inegavelmente um dos princípios mais relevantes, citado várias vezes no texto constitucional, e “É inegável que o grau de democracia de um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo.” (CUNHA JÚNIOR, 2010b, p. 533). Mas não há como negar que o valor referencial é a dignidade. Enfim, como leciona Binenbojm (2014, p. 50): “À *centralidade moral* da dignidade do homem, no plano

²⁰⁰ Fernandes (2011, p. 218 e 219) enfatiza tal característica de superprincípio da dignidade humana: “Sendo assim, para os teóricos do constitucionalismo contemporâneo, direitos – como vida, propriedade, liberdade, igualdade, dentre outros -, apenas encontram uma justificativa plausível se lidos e compatibilizados com o postulado da dignidade humana. Afirmam, portanto, que a dignidade seria um superprincípio, como uma norma dotada de maior importância e hierarquia que as demais, que funcionaria como elemento de comunhão entre o direito e a moral, na qual o primeiro se fundamenta na segunda, encontrando sua base de justificação racional.”

²⁰¹ Esse é o entendimento de Britto (2003, p. 183).

²⁰² “É preciso, pois, e retomando a linha de raciocínio, que se reafirme: a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida como a única referência da fundamentalidade dos direitos constitucionais.” (SCHIER, 2007, p. 267).

dos valores, corresponde a *centralidade jurídica* dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo.”

De logo, vê-se que a dignidade humana foi erigida à condição de fundamento da república (art. 1º, inc. III, da CF), logo no artigo inicial da Constituição Federal. Uma interpretação sistemática do texto constitucional leva o intérprete a observar que a dignidade humana, se não expressamente noticiada como tanto, mesmo sendo expressamente elevada à condição de fundamento, é valor ideológico referencial. Observe-se que os direitos fundamentais foram formatados exatamente para simbolizarem um conjunto de direitos que propiciam uma vida minimamente digna. Há, desta forma, um relação natural entre os direitos fundamentais e a dignidade humana.

No mais, reconhecendo esta função garantidora da dignidade humana, quanto ao “[...] direito ao adequado desenvolvimento da função administrativa²⁰³ [...]”, de que faz parte o direito à probidade administrativa, Valle (2011, p. 81) assim se manifesta:

Se assim é, o reconhecimento de um direito ao adequado desenvolvimento da função administrativa – que, como se sabe, concretiza as deliberações políticas dos demais poderes – expressa uma faceta de garantia dos direitos fundamentais diretamente relacionados à dignidade humana; e nesse sentido, pode ser tido como direito igualmente fundamental, ainda que de índole instrumental.

Nesse caso, voltando ao tema, para ser direito formalmente e materialmente fundamental, o direito (fundamental) não apenas deve se encontrar grafado no art. 5º da

²⁰³ Segundo a autora (VALLE, 2011, p. 99), é “[...] indubitável que a qualificação da função administrativa como estratégia de garantia dos direitos fundamentais é tema definitivamente reconhecido e incorporado pela ciência jurídica do século XXI.” Gomes e Albergaria (2012, p. 26) ensinam que “‘Função Pública’ correlaciona-se à ideia de exercício de um *munus público*.”

Constituição Federal, ou no título II²⁰⁴, ou em qualquer dispositivo do texto constitucional²⁰⁵, como também deve ter correlação efetiva com a dignidade humana.

A doutrina apresenta alguns exemplos interessantes de direitos fundamentais fora do rol do título II do texto constitucional, tais como os direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado²⁰⁶ (art. 225²⁰⁷), à alfabetização²⁰⁸ (arts. 205²⁰⁹ e 214, inc. I²¹⁰), à anterioridade

²⁰⁴ Também no título II da Constituição Federal há direitos sem fundamentalidade material: “Nesse extenso rol, há direitos que não possuem uma ligação tão forte com a dignidade da pessoa humana nem com a limitação do poder. Pode-se mencionar, por exemplo, o direito de marca, o direito ao lazer (art. 6º) ou mesmo o direitos dos trabalhadores à participação nos lucros das empresas, entre outros semelhantes. São direitos importantes, mas talvez não tão essenciais. Poderiam perfeitamente estar fora do Título II ou até mesmo fora da Constituição.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 23).

²⁰⁵ Sarlet (2008, p. 103) demonstra preocupação na categorização de direitos fundamentais fora do rol do título II da Constituição Federal, afirmando que “[...] um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo da abertura material do catálogo de direitos e garantias é justamente o de identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais como tais não expressamente designadas pelo Constituinte.”

²⁰⁶ Sarlet (2008, p. 103): “Assim, apenas a título exemplificativo, a justificação para considerar as normas a respeito da proteção do meio ambiente como sendo – em que pese previstas no artigo 225 da Constituição – normas de direito fundamental, certamente apresentará menor grau de dificuldade, ou, pelo menos, exigirá razões distintas, que a fundamentação para justificar um direito fundamental à motivação das decisões judiciais e administrativas, igualmente positivados fora do Título II, caso se pretenda – como cremos ser possível – reconhecer que se cuida aqui também de normas de cunho jusfundamental.” Ferreira Filho (2009, p. 298) vai no mesmo sentido: “Basta lembrar que, se a Constituição anuncia cerca de vinte e poucos direitos fundamentais, o art. 153 da Emenda n.1/69 arrolava cerca de trinta e cinco direitos e garantias e o art. 5º da atual enumera pelo menos setenta e seis, afora os nove ou dez do art. 6º, afora os que se depreendem do art. 150 relativos à matéria tributárias, afora o direito ao meio ambiente (art. 225), o direito à comunicação social (art. 220), portanto, cerca de uma centena, se se considerar que vários dos itens do art. 5º consagram mais de um direito ou garantia.” Vide, ainda, Fernandes (2011, p. 228).

²⁰⁷ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

²⁰⁸ Silva, P. (2010, p. 28): “Tome-se o caso do direito fundamental à alfabetização, conforme artigos 205 e 214, I, da Constituição.” Vide, ainda, Fernandes (2011, p. 228).

²⁰⁹ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

²¹⁰ “Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; [...]”

fiscal²¹¹ (art. 150, inc. III, b²¹²), ao pleno exercício dos direitos culturais²¹³ (art. 215²¹⁴), à comunicação social²¹⁵ (art. 220²¹⁶), de viajar gratuitamente para os maiores de sessenta e

²¹¹ Silva, P. (2010, p. 34): “[...] (b) fora do catálogo (arts. 150, III, b, 215 e 225, CF); [...]”. Vide, ainda, a ADI 939/DF; AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES; Julgamento: 15/12/1993; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO – CNTC; REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA; REQDO.: CONGRESSO NACIONAL; EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. Ferreira Filho (2009, p. 298) vai no mesmo sentido: “Basta lembrar que, se a Constituição anuncia cerce de vinte e poucos direitos fundamentais [...] afora os que se depreendem do art. 150 relativos à matéria tributária, afora o direito ao meio ambiente (art. 225), o direito à comunicação social (art. 220), portanto, cerca de uma centena, se se considerar que vários dos itens do art. 5º consagram mais de um direito ou garantia.”

²¹² “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; [...]”

²¹³ Silva, P. (2010, p. 34): “[...] (b) fora do catálogo (arts. 150, III, b, 215 e 225, CF); [...]”

²¹⁴ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

²¹⁵ Ferreira Filho (2009, p. 298) vai no mesmo sentido: “Basta lembrar que, se a Constituição anuncia cerca de vinte e poucos direitos fundamentais [...] afora os que se depreendem do art. 150 relativos à matéria tributária, afora o direito ao meio ambiente (art. 225), o direito à comunicação social (art. 220), portanto, cerca de uma centena, se se considerar que vários dos itens do art. 5º consagram mais de um direito ou garantia.”

cinco anos de idade²¹⁷ (art. 230, § 2º²¹⁸), ao sigilo bancário²¹⁹, aos direitos econômicos²²⁰, à saúde²²¹ (art. 196²²²), à educação²²³, à previdência social²²⁴, à alimentação²²⁵, entre outros.

As discussões acerca da fundamentalidade material²²⁶ de direitos fundamentais talvez sejam instrumentalizadas pela existência de entendimento de respeitável doutrina no sentido de que conceber um direito fundamental unicamente sob o ângulo formalista (positivação do direito) é um retrocesso²²⁷.

Anote-se, no mais, que não é qualquer vínculo com a dignidade humana que torna um direito possível de ser considerado fundamental, até para que não se reduza o tema a um simples jogo de palavras. Neste sentido, é o entendimento, também, de Pereira (2006, p. 104):

²¹⁶ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

²¹⁷ Anote-se que “[...] todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e relevância social forem bastante limitados, como indica na Constituição Federal o exemplo do direito (fundamental) dos maiores de 65 anos de viajar gratuitamente nos meios de transporte coletivo urbano (art. 230, § 2º).” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 49).

²¹⁸ “Art. 230. [...] § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.”

²¹⁹ Silva, P. (2010, p. 30) cita como exemplos, no Supremo Tribunal Federal (STF), o Inq. nº 2245 e a AI nº 655.298.

²²⁰ Vide Fernandes (2011, p. 228).

²²¹ Vide Fernandes (2011, p. 228).

²²² “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

²²³ Vide, a propósito, estudo de Tavares (2008, p. 771-788) sobre o tema.

²²⁴ Conforme estudo de Ibrahim (2008, p. 1053-1082) sobre o tema.

²²⁵ Nesse sentido, Miranda Netto (2008, p. 1083-1121).

²²⁶ “A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.” (CANOTILHO, 1941, p. 404).

²²⁷ Ao que parece, a essa mesma conclusão chegaram PAMPLONA FILHO, BRANCO e BARROS (2012): “Não há a menor sombra pálida de dúvida quanto a esta afirmativa diante da possibilidade de integração dos direitos fundamentais realizada através de um processo criativo destas normas, respeitando-se, ao mesmo tempo, tanto a idéia de pertinência a um conteúdo específico (materialidade), quanto a referência a uma norma positivada (formalidade), superando-se qualquer resquício de vinculação necessariamente espiritual ou divina na sua tutela.”

Levando, contudo, em conta que – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental.

Assim, se a positivação de um determinado direito no título II (e não apenas no art. 5º) da Constituição Federal empresta fundamentalidade formal a este direito e o presume também materialmente fundamental, a sua vinculação direta e efetiva com a dignidade humana faz desta presunção uma certeza. E, no caso do direito (fundamental) à probidade administrativa, está-se diante de um direito formalmente fundamental e também materialmente, considerando-se que não se pode, no âmbito da administração pública, efetivar a dignidade humana a não ser com agentes públicos efetivamente probos.

3.4 Os direitos fundamentais não enumerados (implícitos ou decorrentes). O art. 5º, § 2º da Constituição Federal: complementariedade condicionada e cláusula de abertura

Não obstante as observações anteriores, quanto à fundamentalidade formal e material do direito à probidade administrativa, há outras de igual valor e necessidade, e que também evidenciam se tratar a probidade administrativa de um direito fundamental, com todas as suas nuances teóricas.

Assim, além das anotações anteriores, que já seriam suficientes, há outras que também servem para evidenciar que o direito à probidade administrativa é um direito fundamental.

Nesse contexto, existem direitos fundamentais não enumerados (implícitos ou decorrentes) no art. 5º, § 2º da Constituição Federal²²⁸, ou fora do catálogo²²⁹, que não se encontram expressamente positivados, escritos²³⁰, na Constituição Federal, sendo esta uma “[...] **regra de abertura a novos direitos.**” (MARMELESTEIN, 2011, p. 221). Segundo Canotilho (1941, p. 403), “Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais.”

Saliente-se, em tempo, que a própria Constituição Federal determina que “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.” (§ 2º do art. 5º)²³¹. Observa-se, assim, que também são direitos fundamentais os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.²³² Assim,

²²⁸ Segundo Silva, P. (2010, p. 29 e 30), “A fonte histórica dessa norma é a IX Emenda à Constituição americana ratificada em 15.12.1791, segundo a qual a enumeração na Constituição de certos direitos não deve ser construída para negar ou desacreditar outros retidos pelo povo. Havia uma clara preocupação, à época, com a interpretação de que os direitos enumerados poderiam construir um rol exaustivo.”

²²⁹ Schier (2007, p. 263) trata os direitos fundamentais fora do catálogo da seguinte forma: Dentre esses, ou seja, dentre os fora do catálogo, ainda seria possível subdividir duas categorias de direitos fundamentais: os decorrentes do regime jurídico adotado pela Constituição, mas plasmados na própria constituição formal, e os decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos e, assim, não integrantes, ao menos diretamente, do documento constitucional foral (embora por ele recepcionados).”

²³⁰ Consigne-se, mais uma vez, a diferenciação proposta por Marmelstein (2011, p. 25): “Não se deve confundir norma positivada com norma escrita, já que existem diversos direitos fundamentais positivados de forma implícita (não escrita), que decorrem do sistema constitucional como um todo, por força do já citado art. 5º, § 2º, da Constituição de 88.”

²³¹ Dimoulis e Martins (2011, p. 39) afirmam que “O princípio que rege a matéria pode ser denominada de *complementariedade condicionada*. Seu enunciado está no § 2.º do art. 5º da CF que estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros que decorrem ‘dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.”

²³² “Na verdade, podemos ter DF não formalmente constitucionais, como acontece com eventuais direitos assentados em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e não aprovados nos termos do §3º do art. 5º da CR/88 (EC nº 45/2004).” (GOMES e ALBERGARIA, 2012, p. 21). Silva, P. (2010, p. 3) fala em

“Não é necessário que o direito fundamental esteja expressamente escrito na Constituição. Basta que ele possa ser, de alguma forma, extraído do espírito constitucional.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 223). Trata-se de verdadeira cláusula de abertura²³³ que segue tradição constitucional²³⁴ de longa data, uma vez que presente nas Constituições Federais de 1891 (art. 78)²³⁵, 1934 (art. 114)²³⁶, 1937 (art. 123)²³⁷, 1946 (art. 144)²³⁸ e 1967 (art. 150, § 35)²³⁹.

“novos direitos fundamentais”: “Os direitos fundamentais considerados em si mesmos experimentam, de igual efeito, um fenômeno interessante que se traduz na possibilidade de se qualificar, como direitos fundamentais, sejam estes decorrentes ou não na norma do art. 5º, § 2º, da Constituição [...]”

²³³ Consigne-se que no julgamento da Adin nº 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, em 15/12/1993, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao reconhecer o princípio da anterioridade, como “garantia individual do contribuinte”, fez menção expressa ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal: “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no paragrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.”

²³⁴ A Constituição portuguesa prevê a abertura a novos direitos fundamentais em seu art. 16, nº 1: “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

²³⁵ “Art 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.”

Sarlet (2008, p. 103) leciona que “[...] foi chancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos.” Neste sentido, Silva, P. (2010, p. 34) faz uma síntese do tema, dividindo os direitos fundamentais da seguinte forma: direitos enumerados, dentro do catálogo (arts. 5 a 17 da Constituição Federal), fora do catálogo (arts. 150, III, b, 215 e 225 da Constituição Federal) e no catálogo, mas com especificação fora do catálogo (arts. 196 e 205, positivados, também no artigo 6º da Constituição Federal); e direitos não enumerados, implícitos (extraídos de outra norma constitucional e encontrados em norma atribuída), e decorrentes do regime e dos princípios.

Marmelstein (2011, p. 221), por sua vez, anota os direitos fundamentais dentro da seguinte divisão: os constantes no título II da Constituição Federal, os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder, e os constantes em tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Brasil, desde que se observe o quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição de 88.

Cunha Júnior (2010b, p. 640 e 641) também apresenta um quadro sobre o tema:

²³⁶ “Art 114 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.”

²³⁷ “Art 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.”

²³⁸ “Art 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

²³⁹ Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

A cláusula de abertura material insculpida no art. 5º, § 2º da Constituição dá ensejo à identificação de dois grandes grupos de direitos fundamentais: a) os direitos fundamentais expressos ou expressamente positivados ou escritos que compreendem (a1) os direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais (Título II) ou em outras partes do texto constitucional e (a2) os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte; e b) os direitos fundamentais não expressos ou não expressamente positivados ou não-escritos, que alcançam (b1) os “direitos implícitos” subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas, e (b2) os “direitos decorrentes” do regime e dos princípios adotados pela Constituição, considerados o regime e os princípios previstos no Título I.

Quanto aos direitos implícitos²⁴⁰, seriam aqueles derivados a partir de determinado dispositivo constitucional, por construção normativa²⁴¹. Seriam os casos, por exemplo, citados em doutrina, do sigilo bancário, a partir da exegese da regra contida no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal²⁴², do desenvolvimento sustentável, contido no art. 225 do texto constitucional²⁴³, do direito à verdade, reconhecido no julgamento da ADPF nº 153, do direito à proteção do local de trabalho, do direito à alimentação, à oposição parlamentar, à livre iniciativa, estes últimos exemplos de Marmelstein (2011, p. 223), entre outros.

²⁴⁰ Silva, P. (2010, p. 30) assim dispõe: “O Supremo Tribunal Federal, tanto como guardião da Constituição, quanto autorizado pela norma constitucional em análise, além de concretizar direito fundamental, acaba, em alguns casos, por criá-lo, seja extraíndo-o de outra norma constitucional, seja considerando uma norma constitucional como positivadora de direito fundamental. O primeiro caso pode ser exemplificado pela criação, por extração, do direito ao sigilo bancário da norma do artigo 5º, X, da CF, que trata do direito à privacidade. [...] Nesse passo, é bem de ver que se pode incluir, nesse tipo de direito fundamental, aquele referente ao desenvolvimento sustentável para as futuras gerações, que pode ser extraído na norma do artigo 225, da Constituição, bem assim, outros direitos sociais não expressamente enumerados na Constituição [...]”

²⁴¹ A existência de direitos implícitos não depende, é verdade, do noticiado dispositivo constitucional. Ela decorre do próprio sistema constitucional e de sua atividade interpretativa. Este também é o entendimento de Schier (2007, p. 263): “Pois a existência de direitos implícitos decorre da própria atividade hermenêutica, é inerente a ela, e não seria preciso a constituição falar de existência deles eis que, mesmo em seu silêncio, eles estariam presentes no texto e haveriam de ser reconhecidos como tal.”

²⁴² “[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]”

²⁴³ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Vale dizer, mais uma vez, não são apenas direitos fundamentais os previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ou título II desta, uma vez que “[...] podem-se encontrar direitos fundamentais fora do Título II e até mesmo fora da Constituição.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 24).

No caso da probidade administrativa, além de sua previsão expressa como direito fundamental, além da fundamentalidade material do direito, é evidente a sua correlação com o regime e os princípios constitucionais, na medida em que há uma notável “[...] opção ideológica da Constituição Cidadã [...]” pela “[...] probidade na Administração Pública, em todos os níveis.” (BERTONCINI, 2007, p. 139)²⁴⁴.

No caso dos direitos “[...] decorrentes do regime e dos princípios [...]”²⁴⁵ adotados pela Constituição Federal, é válido mencionar que o texto constitucional enaltece expressamente o regime democrático, por exemplo, nos arts. 17²⁴⁶ e 34²⁴⁷. Assim, o regime democrático é adotado expressamente na Constituição Federal, e não dúvidas de que a probidade administrativa é decorrência lógica deste regime. Em outras palavras, a probidade administrativa é direito umbilicalmente ligado ao regime democrático, sendo expressão e decorrência lógico-jurídica deste, considerando-se que “A debilidade democrática facilita a

²⁴⁴ Em outra obra, Bertinocini (2012, p. 35), assim deixou anotado: “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.”

²⁴⁵ Segundo Silva, P. (2010, p. 31) estes direitos podem ser “[...] criados ou descobertos pela via interpretativa desde que tenham relação de pertinência temática ou de decorrência com esses dois parâmetros positivados na norma constitucional.” No caso do regime, conforme o autor, “[...] deve-se compreender aquele plasmado no texto constitucional e que é representado pela cláusula Estado Democrático de Direito, art. 1º, *caput*, da Constituição, não mais apenas Estado de Direito ou Estado Social de Direito.” Quanto aos princípios, o autor defende que “[...] podem ser eles indicados pela conhecida tríade dignidade, liberdade e igualdade.”

²⁴⁶ “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...]”

²⁴⁷ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; [...]”

propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 08) No mais, como é sabido, “[...] a Administração, sem qualquer tipo de controle, torna-se instrumento eficaz ao dismantelamento dos princípios nucleares da Constituição Federal, texto legal responsável pela conservação e orientação do Estado.” (MARTINS, 2013, p. 43).

Quando estamos a falar de um regime pautado pela democracia (regime democrático de direito), estamos a falar, conseqüentemente, e com maior razão, em um regime constitucional que fomenta e se integraliza com a probidade administrativa²⁴⁸, considerando-se que os valores democráticos, que deitam berço na liberdade e na pluralidade, não convivem em hipótese nenhuma com a desonestidade, a deslealdade e a ineficiência funcionais, esteios da configuração do ato ímprobo. A liberdade e a pluralidade não servem de base, seja filosófica, seja ideológica, seja legal, para iniciativas que visam justamente a corromper a representatividade democrática, sendo a antítese de um governo que se pretende de todos e para todos²⁴⁹. Disto se pode afirmar, com meridiana certeza, que a probidade administrativa é decorrência do regime democrático. E, sendo assim, por isto também se trata de direito fundamental. Observe-se que, pedra de toque do sistema, “[...] na democracia, as instituições públicas não são de propriedade de políticos ou altos funcionários, mas sim do domínio popular, são dos cidadãos.” (MUÑOZ, 2012, p. 156). E a lição de Piovesan (2012, p. 82) é no sentido que de os direitos fundamentais “[...] exercem uma função democratizadora.”

²⁴⁸ O preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção diz que “[...] a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.”

²⁴⁹ Garcia e Alves (2008, p. 07) fazem notável vinculação entre a democracia e o comportamento que se espera daqueles que exercem representação popular: “A democracia na media em que permite a ascensão do povo ao poder e a constante renovação dos dirigentes máximos de qualquer organização estatal, possibilita um contínuo debate a respeito do comportamento daqueles que exercem ou pretendem exercer a representatividade popular, bem como de todos os demais fatos de interesse coletivo.”

E não só. É de se atentar para o fato de que o art. 127 do texto constitucional deixou consignado que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Assim, conforme disposição expressa na Constituição Federal, o Ministério Público tem, entre outras relevantíssimas funções, a de defesa do regime democrático. Enfim, cabe ao Ministério Público a defesa do regime democrático, havendo, deste modo, um estreito vínculo entre a instituição (Ministério Público) e o regime a que se pretende defender (regime democrático).

Observe-se que a legislação de trata da improbidade administrativa, Lei nº 8.429/92 (LIA), em seu art. 17, consigna que “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.” Assim, são autores das ações principais o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada.

Nesse contexto, há uma integração racional do sistema, uma vez que o Ministério Público é habilitado constitucionalmente como instituição encarregada da defesa do regime democrático e legalmente habilitado como um dos autores (e a experiência prática demonstra que se trata de autor principal) da ação de improbidade administrativa. Isto porque o Ministério Público, ao se encarregar constitucionalmente da defesa do regime democrático, também deveria ser legitimado (e foi) como um dos autores da ação de improbidade administrativa.

Enfim, mais uma vez, evidencia-se ser o direito à probidade administrativa uma decorrência do regime democrático. E, sendo assim, por isto também, trata-se de direito fundamental, uma vez que, como leciona Santos, R. (2012), “Da perspectiva da dogmática constitucional, a existência de um ‘direito fundamental à probidade administrativa’ pode ser extraída da ‘cláusula de abertura’ do art. 5º, § 2º, da CF.”

E tal vínculo (decorrência constitucional) não ocorre apenas no caso dos regimes adotados no âmbito do texto fundamental. Observe-se que a Constituição Federal determina que “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.” (§ 2º do art. 5º). Observa-se, assim, que são direitos fundamentais também os decorrentes dos princípios constitucionais, “[...] que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica.” (BASTOS, 1998, p. 153). E quanto a estes princípios, o texto constitucional reservou o título I, destinado aos princípios fundamentais. O art. 1º da Constituição Federal assim pontua:

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.

Assim, observa-se que o próprio texto constitucional se encarregou de delimitar os fundamentos da República, dentro do título destinado aos princípios fundamentais. E são estes: 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. Detalhe: todos têm ligação absolutamente estreita com a probidade administrativa. Vejamos.

A soberania “[...] é a qualidade que cerca o poder do Estado.” (BASTOS, 1998, p. 158). Significa, em outras palavras, “[...] que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos.” (BASTOS, 1998, p. 158). Em linhas gerais, é “[...] elemento essencial para a estruturação e formação do Estado Moderno.” (FERNANDES, 2011, p. 214). Observe-se que, mais uma vez, também aqui, há forte correlação com o Ministério Público, que vem a ser a “[...] instituição permanente, essencial à

função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica [...]” (art. 127). Assim sendo, esta “ordem jurídica”, que não admite indevidas intromissões externas, deve ser soberana, ou, melhor dizendo, soberania “[...] significando uma qualidade ou atributo da ordem jurídica estatal.” (BASTOS, 1998, p. 158). E o Ministério Público, como visto, é nada mais nada menos do que o principal legitimado ativo para as ações de improbidade administrativa²⁵⁰.

De mesmo modo, a cidadania também tem vínculo direto com a probidade administrativa, considerando que não se pode falar na promoção daquela (a cidadania) sem se fomentar esta (a probidade). Em outras palavras, a probidade administrativa decorre, ainda, da cidadania, princípio fundamental com colocação expressa no texto maior e que se refere “[...] à participação política das pessoas na condução dos negócios e interesses estatais.” (FERNANDES, 2011, p. 215). E é sabido, “Combater imunidades irrazoáveis, irracionais ou absolutas do Poder é tarefa que integra a cidadania.” (OSÓRIO, 2007, p. 22). No mais, não se deve esquecer que “A relação entre uma cidadania ativa e a representação política é complementar – e não de incompatibilidade.” (VALLE, 2011, p. 47). Neste contexto, é de se consignar que, no Direito Administrativo moderno, “Os cidadãos já não são sujeitos inertes que recebem, única e exclusivamente, bens e serviços público do poder.” (MUÑOZ, 2012, p. 134). Agora eles são, conforme o autor, “[...] atores principais [...]”²⁵¹.

Quanto à dignidade da pessoa humana, a sua vinculação com a probidade administrativa foi tratada anteriormente.

²⁵⁰ Bertoncini (2007, p. 131) vai além ao afirmar que “[...] não se deve esquecer o Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF), e que vem se destacando como o órgão, por excelência, responsável pela quebra da inércia característica do Poder Judiciário, na confrontação da intensa cultura de improbidade administrativa.”

²⁵¹ Segundo Muñoz (2012, p. 134 e 135), “[...] a cidadania vive um tanto temerosa em relação à política, porque ainda não se deu conta de que o titular, o proprietário da política e suas instituições é o povo soberano.”

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, de mesmo modo, devem necessariamente conviver com o direito à probidade administrativa, considerando que dependem, direta ou indiretamente, de uma administração pública que se revele funcionalmente honesta, eficiente e leal. Consigne-se que “A noção de livre iniciativa, por sua vez, está coligada à liberdade de empresa e de contrato, como condição mestra do liberalismo econômico e do capitalismo.” (FERNANDES, 2011, p. 220).

No caso específico do pluralismo político, a correlação, ainda que não seja direta, decorre de mesmos fundamentos ideológicos, baseados em um Estado livre, plural e democrático.

Em suma, a probidade administrativa também é direito fundamental porque decorre dos princípios fundamentais adotados pelo texto constitucional.

Afora esta decorrência principiológica, baseada nos princípios fundamentais enumerados no art. 1º da Constituição Federal, outra existe. O art. 37 do texto maior, ao se referir expressamente sobre a administração pública, estabelece que esta “[...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” Assim, são princípios específicos da administração pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. E, saliente-se, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal refere-se aos direitos decorrentes dos princípios por ela adotados, fazendo apenas uma exigência: que tais princípios sejam adotados constitucionalmente. Trata-se, na linguagem de abalizada doutrina, de verdadeira cláusula de abertura²⁵².

²⁵² Santos, R. (2012) assim se posiciona: “Da perspectiva da dogmática constitucional, a existência de um ‘direito fundamental à probidade administrativa’ pode ser extraída da ‘cláusula de abertura’ do art. 5º, § 2º, da CF, segundo a qual ‘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’. E explica: “Essa ‘cláusula de abertura’ de direitos fundamentais expressos no art. 5º, § 2º, da CF permite a possibilidade de identificação e construção pela jurisprudência de direitos materialmente fundamentais não escritos, no sentido de não expressamente positivados, assim como de direitos fundamentais espraiados em outras partes da Constituição e nos tratados internacionais.”

E o que os princípios enumerados no art. 37 da Constituição Federal têm exatamente com a probidade administrativa? A resposta é direta: tais princípios são a razão de ser da própria probidade administrativa. Vejamos.

O art. 4º da LIA tem a seguinte redação: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.” Observe-se que são (quase) exatamente os enumerados no art. 37 do texto maior. E, no âmbito da LIA, que trata dos atos de improbidade administrativa, configuram-se como tais aqueles que atentam “[...] contra os princípios da administração pública [...]” (art. 11). E quanto à eficiência, embora não conste expressamente no art. 4º, como visto, é a base ideológica dos atos tipificados no art. 10 da LIA, principalmente aqueles cujo elemento subjetivo é a culpa²⁵³.

Enfim, também os princípios da administração pública catalogados no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) têm correlação direta com os atos tipificados (LIA) como ímprobos.

Além disso, o § 4º do próprio art. 37 da Constituição Federal, destina à administração pública, anota que “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.” Vincula-se, assim, e mais uma vez, os princípios constitucionais da administração pública à probidade administrativa.

²⁵³ “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 [...]”

Contudo, também os direitos e garantias decorrentes “[...] dos tratados internacionais²⁵⁴ em que a República Federativa do Brasil seja parte [...]” podem ser qualificados como fundamentais²⁵⁵. Quanto aos tratados internacionais²⁵⁶ em que o Brasil seja parte, Sarlet (2008, p. 103) leciona que “[...] existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.”

Neste contexto, é válido mencionar que o combate à improbidade administrativa tem, a bem da verdade, especialmente nas sociedades mais desenvolvidas, conotação internacional. Enfim, não se trata de um embate entre fronteiras de determinado(s) país(es), aspecto comum a algumas poucas comunidades jurídicas, sem que entre elas existe laços de homogeneidade. Isto porque “O combate a toda forma de corrupção e à improbidade administrativa, por diversos instrumentos jurídicos, nacionais ou internacionais, de forma preventiva ou repressiva, é um imperativo das sociedades democráticas.” (SANTOS, R., 2012).

De mesmo modo, não se trata a probidade administrativa de construção teórica recente, visto que o seu modelo dogmático é parte integrante do Estado que se pretende – e que se pretendia – formatar. Já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁵⁷, documento

²⁵⁴ Santos, R. (2012) faz o seguinte esclarecimento: “Na verdade, com a inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, somente após a aprovação pelas duas casas do Congresso Nacional, em votação em dois turnos e com pelo menos três quintos dos votos, é que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, posteriores à EC nº 45/2004, passam a ter *status* de ‘emenda constitucional’.”

²⁵⁵ Anote-se, em tempo, que estamos diante de uma “[...] norma de direito fundamental que não outorga direitos.” (PEREIRA, 2006, p. 87).

²⁵⁶ Canotilho (1941, p. 403) ensina que: “A Constituição admite (cfr. Art. 16^o), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais.”

²⁵⁷ Segundo Santos Neto (2008, p. 19 e 20), “Os direitos do homem, na concepção clássica do direito administrativo, sempre foram vistos como uma barreira às atividades do Estado, quando, na verdade, deve integrar suas ações e constituir a finalidade que o Estado deve perseguir incessantemente.” Adiante, o autor (SANTOS NETO, 2008, p. 245) ensina que “*Direitos do homem*, assim, seria a denominação que provém da Declaração francesa de 1789; *direitos da pessoa humana* lhe seria expressão equivalente [...]”

histórico que remonta ao ano de 1789, dando início à idade contemporânea, via-se a preocupação com a probidade na administração pública.

O art. 15, por exemplo, falava que “A sociedade tem o direito de exigir contas a qualquer agente público de sua administração.”²⁵⁸ Tal exemplo demonstra que a vinculação do agente público no trato com a administração pública deve ser necessariamente precedido e qualificado pela probidade administrativa, que não se trata de um verdadeiro direito da administração pública, ente despersonalizado que é, mais um direito (fundamental) de todos os administrados ou, melhor dizendo, de todos os cidadãos.

O certo é que a cláusula de abertura constante no § 2º do art. 5º da Constituição Federal (“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.”) dá margem literal à construção de direitos fundamentais decorrentes “[...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” E, no caso da probidade administrativa, que tratados são estes? O que eles dizem? Vejamos.

Santos, R. (2012) faz a seguinte síntese:

O Estado brasileiro é signatário das seguintes convenções: (i) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000; (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, em 25.06.2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 07.10.2002, sofrendo pequena alteração pelo Decreto 4.534, de 19.12.2002; e (iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18.05.2005, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.2006.

²⁵⁸ De acordo com Martins (2013, p. 54), “Percebe-se, pois, que, pelo disposto no art. 15, há preocupação do revolucionário francês com a transparência na gestão do patrimônio público [...]”

O preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção²⁵⁹ deixa claro que “[...] a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos.” Não só. Diz ainda que “[...] a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.” E, em seu artigo II, anota que “Os propósitos desta Convenção são: 1. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção.” No caso do inc. III, veiculou-se rol de medidas para implementação pelos Estados “[...] em seus próprios sistemas institucionais.”²⁶⁰

²⁵⁹ “O Congresso Nacional brasileiro aprovou por meio do Decreto Legislativo n° 152, de 25 de junho de 2002, o texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), adotada em Caracas, em 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1, inciso ‘c’. Essa convenção entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de agosto de 2002, nos termos de seu artigo XXV, sendo promulgada pelo Decreto n° 4.410, de 7 de outubro de 2002.” (BERTONCINI, 2012, p. 41).

²⁶⁰ “Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: 1. Normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas. Estas normas deverão ter por finalidade prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários públicos no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública. 2. Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento dessas normas de conduta. 3. Instruções ao pessoal dos órgãos públicos a fim de garantir o adequado entendimento de suas responsabilidades e das normas éticas que regem as suas atividades. 4. Sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações. 5. Sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua transparência, equidade e eficiência. 6. Sistemas para arrecadação e controle da renda do Estado que impeçam a prática da corrupção. 7. Leis que vedem tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas efetuadas com violação dos dispositivos legais dos Estados Partes contra a corrupção. 8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno. 9. Órgãos de controle superior, a fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas. 10. Medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para garantir que as sociedades mercantis e outros tipos de associações mantenham registros

Há um vínculo entre os atos de corrupção e o exercício de funções públicas, de forma que este fenômeno não apenas ocorre nas relações domésticas e particulares. Observe-se que, conforme Garcia e Alves (2008, p. 30), “O texto é especificamente direcionado à prevenção, detecção, sanção e erradicação da corrupção no exercício das funções públicas e nas atividades especificamente vinculadas a tal exercício.”²⁶¹

Além disto, o que se verifica é que o fenômeno da globalização produziu o indesejado, mas presumível, resultado de transpor a corrupção para além das fronteiras dos países, dando ao problema conotações internacionais. Assim, o esforço internacional de combate à corrupção passou a ser medida necessária e a assinatura de tratados internacionais sobre o tema, medida absolutamente saudável.

Bertoncini (2007, p. 38), sobre o tema, assim expôs:

Se a globalização trouxe algum benefício para a sociedade, atraiu, certamente, problemas, dentre os quais, um dos mais graves, a corrupção transnacional, para a qual os instrumentos convencionais de controle previstos no âmbito dos Estados soberanos não têm a capacidade de enfrentá-la, o que é reconhecido no documento mencionado, ratificado pelo Brasil.

que, com razoável nível de detalhe, reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção. 11. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não governamentais nos esforços para prevenir a corrupção. 12. O estudo de novas medidas de prevenção, que levem em conta a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público.”

²⁶¹ No mais, Garcia e Alves (2008, p. 33) enumeram várias medidas de combate à corrupção adotadas no Brasil: “a) múltiplas unidades da Federação estatuíram códigos de conduta para os seus servidores; b) a omissão do superior hierárquico na informação dos ilícitos praticados por seus subordinados pode configurar o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992 e o crime de condescendência criminosa, tipificado no art. 325 do Código Penal; c) o fornecimento anual da declaração de rendas já é contemplado no art. 13 da Lei nº 8.429/1992 e na Lei nº 8.730/1993; d) os agentes públicos, ressalvadas algumas exceções, são recrutados por meio de concurso público; e) as contratações de bens e serviços são precedidas de licitação, o que assegura a sua publicidade e equidade; f) a gestão das receitas do Estado, além de ser objeto de fiscalização pelas Cortes de Contas, deve render obediência aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal; g) as pessoas físicas e jurídicas que se envolvam na prática de atos de corrupção, consoante o art. 12 da Lei nº 8.429/1992, podem ser proibidas de contratar com o Poder Público; h) a lei contempla um programa de proteção às testemunhas; i) a todos é assegurado o direito de representação; etc.”

De mesmo modo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁶² estabelece, em seu art. 1, que “A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; [...]” E a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais esclarece, em seu preâmbulo, ao tratar da corrupção como um fenômeno, “[...] difundido nas Transações Comerciais Internacionais [...] que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade.”

Enfim, estamos diante de tratados internacionais²⁶³, dos quais o Brasil é signatário, que tratam especificamente do combate à corrupção²⁶⁴, ou, em outras palavras, à improbidade administrativa. Assim sendo, “O compromisso constitucional de combate à corrupção, à

²⁶² “Esse compromisso ganhou dimensão internacional ainda maior, com a aprovação do texto da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, por meio do Decreto Legislativo 348, de 18 de maio de 2005. Adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, tal documento foi promulgado pelo Decreto 5.678, de 31 de janeiro de 2006.” (BERTONCINI, 2012, p. 43).

²⁶³ Martins (2013, p. 55) enumera outros documentos: “Demais disso, registre-se o reconhecimento de outros documentos multilaterais expedidos para o combate à corrupção e que tutelam o patrimônio público e a moralidade administrativa, aos quais desde já se faz menção: i) o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Europeias e dos Estados Partes da União Europeia, aprovado pelo Conselho da União Europeia e, 26 de maio de 1997; ii) o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, aprovado pelo comitê de Ministros do Conselho Europeu em 27 de janeiro de 1999; iii) o Convênio de direito civil sobre a corrupção, aprovado pelo comitê de Ministros do Conselho Europeu em 4 de novembro de 1999; iv) a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana em 12 de julho de 2003.”

²⁶⁴ Bertoncini (2007, p. 38) anota alguns malefícios produzidos pela corrupção: “(a) minar a legitimidade das instituições públicas; (b) atentar contra a sociedade e o seu desenvolvimento integral; (c) violar a ordem moral, a justiça e o direito; (d) arruinar as bases necessárias para o desenvolvimento das democracias representativas, enfim, produzindo, em casos extremos, mais do que a crise de governabilidade, senão solapando o próprio Estado, com a destruição dos sistemas de controle, responsabilidade e administração, bem como os direitos civis [...]”

improbidade administrativa, é atualmente um compromisso internacional – interamericano e mundial -, assumido pelo Brasil.” (BERTONCINI, 2012, p. 41).

3.5 A existência de normas de direito fundamental adstritas e as normas de direito fundamental expressamente estatuídas

De acordo com Pereira (2006, p. 81), normas de direito fundamental²⁶⁵ expressamente estatuídas são aquelas “[...] que correspondem à tradução fiel dos dispositivos interpretados.” No caso das normas de direito fundamental adstritas, há “[...] uma concretização mais sofisticada dos dispositivos interpretados.” (PEREIRA, 2006, p. 81).

Assim, há normas de direito fundamental que são produtos de “[...] uma concretização mais sofisticada dos dispositivos interpretados” (PEREIRA, 2006, p.), o que serve, também, para a consolidação de que existem direitos fundamentais (ao menos, normas de direito fundamental) não expressamente catalogados no art. 5º da Constituição Federal, nem em seu título II, mas fruto de sistematização normativa.

Pereira (2006, p. 81), sobre as normas de direito fundamental adstritas, faz interessante ponderação, enumerando três hipóteses de ocorrência com base em decisões judiciais: 1) “[...] quando a indeterminação dos enunciados constitucionais não permite definir de forma inequívoca o conteúdo das normas de direito fundamental [...]; 2) “[...] há casos em que uma

²⁶⁵ É de se ver que “[...] *norma de direito fundamental* é o significado atribuído aos dispositivos de direito fundamental.” (PEREIRA, 2006, p. 79). Este também é o conceito apresentado por Alexy (2008, p. 65). Ainda, “[...] *dispositivos de direito fundamental* são os enunciados que veiculam os direitos fundamentais.” (PEREIRA, 2006, p. 80). Alexy (2008, p. 50) ensina que “Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito.” O autor entende que “É recomendável [...] tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental.” (ALEXY, 2008, p. 51).

única norma de direito fundamental pode ser formulada a partir da interpretação conjugada de vários dispositivos diferentes.”; 3) “[...] formulação de normas de direito fundamental sem pertinência a um dispositivo determinado, extraindo-as do sistema constitucional como um todo.”

No caso do item 2, por exemplo, como visto, noticia-se que “há casos em que uma única norma de direito fundamental pode ser formulada a partir da interpretação conjugada de vários dispositivos diferentes”. No caso da proibição administrativa, como visto, além de sua previsão expressa, ela é também decorrência lógica de vários dispositivos constitucionais (eficiência, legalidade, democracia, dignidade, entre outros).

Essas considerações são importantes, como visto, para acentuar a existência, ao menos, de normas de direito fundamental fora da zona de conforto do título II da Constituição Federal.

3.6 A questão do (direito fundamental ao) mínimo existencial e sua vinculação com a proibição administrativa

Viu-se que os direitos fundamentais podem ser retirados expressamente do título II do texto constitucional, além de em outros locais da Constituição Federal, neste caso, desde que vinculados à dignidade humana. Viu-se, também, que a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º da Constituição Federal permite que se pincem outros “direitos e garantias” que sejam “[...] decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [...]”, “[...] verdadeira cláusula de abertura para se criar novos direitos fundamentais.” (SILVA, P., 2010, p. 34). No mais, viu-se que há normas de direito fundamental adstritas em que há “[...] uma concretização mais sofisticada dos dispositivos interpretados [...]”, conforme Pereira (2006, p. 81). E também em todos estes

casos viu-se ainda que é absolutamente possível a configuração da probidade administrativa como um direito fundamental.

Contudo, há ainda outros debates teóricos que dizem respeito à probidade administrativa e o seu reconhecimento como um direito fundamental e que precisam ser ventilados. E um destes debates é a (defendida) existência de um direito (fundamental) ao mínimo existencial²⁶⁶.

Nesse contexto, Sarlet (2008, p. 106) defende a existência de direitos fundamentais autônomos:

Para além de servir de critério de justificação da fundamentalidade material de direitos positivados ao longo do texto constitucional e de reconhecimento de direitos implícitos (no sentido de subentendidos nos já expressamente consagrados), resta a indagação se do princípio da dignidade da pessoa – sem qualquer outro referencial adicional – poderão ser deduzidos (no sentido de desenvolvidos hermeneuticamente) direitos fundamentais autônomos. A nós parece que sim, na esteira, aliás, do que já deixamos antever em outra oportunidade.

²⁶⁶ No âmbito jurisprudencial, podemos citar a manifestação do Min. Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45: “EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).” Observe que o Min. Celso de Mello deixou assim consignado, reconhecendo expressamente o mínimo existencial: “CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’.”

De se ver, tais direitos (fundamentais) seriam deduzidos “[...] do princípio da dignidade da pessoa – sem qualquer outro referencial adicional [...]” Esta construção doutrinária parte da dignidade humana, e apenas dela, para justificar a existência de outros direitos fundamentais, não expressamente escritos, não decorrentes etc. É proposta, assim, a possibilidade de serem “[...] deduzidos (no sentido de desenvolvidos hermeneuticamente) direitos fundamentais autônomos.” Enfim, o vínculo estreito com a dignidade humana sugeriria e justificaria a criação de outros direitos fundamentais (autônomos).

No mais, poder-se-ia defender, assim, que o direito ao mínimo existencial²⁶⁷ seria fundamental por sua ligação direta com a dignidade humana, de tal forma que ele seria um direito fundamental autônomo. Veja que Marmelstein (2011, p. 19) enumera os atributos da dignidade humana e entre eles noticia o mínimo existencial: “(a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não coisificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial.”

Contudo, o (direito fundamental ao) mínimo existencial, na verdade, não é deduzido, “[...] sem qualquer outro referencial adicional [...]”, usando as palavras de Sarlet (2008, p. 106), apenas da dignidade humana. Silva, P. (2010, p. 64 e 65), a partir das lições de Ricardo Lobo Torres, ensina que o mínimo existencial²⁶⁸ pode ser considerado um direito fundamental, “[...] sem dicção constitucional própria, i.e., sem enumeração expressa no texto constitucional, mas que pode ser extraído da ideia de liberdade, dos princípios constitucionais da **dignidade** humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa [...]”, não obstante ter sido tratado como “[...] um direito fundamental autônomo, o que não seria de todo inadmissível, tendo em vista o disposto na norma do artigo 5º, § 2º, da Constituição [...]” (SILVA, P., 2010, p. 65).

²⁶⁷ Segundo Torres (2009, p. 08), “Há um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”

²⁶⁸ Ou “[...] direito ao mínimo para uma existência digna [...]” (BITENCOURT NETO, 2012, p. 152).

Vejam, contudo, que o autor trata o direito fundamental autônomo não no sentido apresentado por Sarlet (deduzido exclusivamente a partir da dignidade humana), mas sim no de um direito não enumerado. Observe-se que o próprio Silva, P. (2010, p. 34, grifou-se), em outra passagem de seu livro, assim afirma:

[...] há a possibilidade, nessa sistematização, de se incluir mais um direito fundamental não enumerado e, ao que parece das argumentações em favor de seu reconhecimento, de caráter implícito e dedutível dos princípios adotados pela Constituição: o direito fundamental ao mínimo existencial [...]

Isso porque, nesse caso, como se viu, o direito (fundamental) ao mínimo existencial não é deduzido, desenvolvido hermeneuticamente, exclusivamente a partir da dignidade humana, sem qualquer outro referencial adicional, uma vez que ele é deduzido, também, da liberdade, da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, entre outros. Veja que Torres (2009, p. 13) também fala em ética, liberdade, felicidade, direitos humanos, igualdade, além da dignidade humana.

Dessa forma, considerando-se o mínimo existencial um direito fundamental, com base no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, tratar-se-ia de direito fundamental decorrente de princípios constitucionais que não só o da dignidade humana²⁶⁹, e não simplesmente um direito fundamental autônomo, na linguagem de Sarlet.

Consigne-se, em tempo, que para Torres (2009, p. 83) “O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.”²⁷⁰ O

²⁶⁹ Bitencourt Neto (2012, p. 170), sobre o tema, assim se manifesta: “[...] o direito ao mínimo é direito fundamental adstrito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade material, próprios do Estado de Direito democrático e social.”

²⁷⁰ Segundo Torres (2009, p. 08), “O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. A Constituição de 1988 não o proclama em cláusula genérica e aberta, senão que se limita a estabelecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e

autor trata o mínimo existencial como um “[...] direito sem dicção constitucional própria.”, inserto na “[...] idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa [...]” (TORRES, 2008, p. 314).

O que importa, contudo, é que o reconhecimento da fundamentalidade do mínimo existencial²⁷¹, seja como um direito fundamental (autônomo, na expressão de Sarlet) deduzido exclusivamente da dignidade humana, seja deduzido de outros princípios constitucionais também, seja concebido como “[...] conteúdo essencial dos direitos fundamentais.” (como ensina Torres). Neste contexto, ele (o mínimo existencial) fundamenta, no plano constitucional, ainda mais o direito (fundamental) à probidade administrativa, na medida em que ao se reconhecer a fundamentalidade do mínimo existencial, este conteúdo²⁷², por mais vago e impreciso que seja, só será efetivamente preenchido por uma administração pública efetivamente proba.

Não obstante tais considerações, é válida a lição de Dimoulis e Martins (2011, p 53), para quem “Um direito só existe juridicamente a partir de sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem este reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política.” De mesma forma, como visto anteriormente, Marmelstein (2011, p. 19) entende que “[...] somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que

reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III), além de imunizá-lo em alguns casos contra a incidência de tributos (art. 5º, itens XXXIV, LXXII, LXIII, LXXIV, art. 153, § 4º etc.)” Silva, V. (2010, p. 23), sobre o conteúdo mínimo dos direitos, assim se manifesta: “Que direitos, em geral, contenham um *conteúdo mínimo* pode ser algo intuitivo, que decorre da própria noção de que, sem a garantia desse mínimo, a garantia do próprio direito seria de pouca valia.”

²⁷¹ Leivas (2008, p. 302) trata o direito fundamental à alimentação como um direito integrante do mínimo existencial.

²⁷² Quanto ao conteúdo do mínimo existencial, Bitencourt Neto (2012, p. 163) ensina que “[...] envolve, como todos os direitos fundamentais, uma dimensão de defesa e uma dimensão de prestações.” Segundo o autor, “São exemplos de projeção da dimensão de defesa do direito ao mínimo existencial: as imunidades que compreendam parcelas da renda ou do patrimônio que se considerem indispensáveis à existência digna; a vedação de execução de créditos públicos sobre bens que se integrem em um mínimo para a existência digna; as imunidades ou isenções referentes às taxas ou tarifas de serviços públicos essenciais à existência digna.”

implicitamente.”²⁷³ E estas considerações são válidas na medida em que aspirações políticas, por mais nobres que sejam, vagueiam pelo campo da possibilidade, até que, efetivamente, se consolidem ou não no texto constitucional²⁷⁴. Observe-se que, em uma visão crítica e construtiva, “Tal tipo de abordagem só produz discursos políticos repetitivos e, afinal de contas, estéreis, sem indicar, de forma juridicamente fundamentada, quais direitos e porque prevalecem em cada caso concreto e quais formas de sua implementação.” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 16 e 17)

Não só. A formatação de novos direitos fundamentais, como o do mínimo existencial, sem reconhecimento expresso pelo legislador constitucional, deve seguir padrões teóricos rígidos, a fim de evitar um fenômeno que contribui para o próprio desprestígio de tais direitos (fundamentais), que é a sua banalização²⁷⁵.

De qualquer forma, o reconhecimento da fundamentalidade do mínimo existencial acaba, sistematicamente (um direito completando e sendo complementado por outro),

²⁷³ Não obstante, Dimoulis e Martins (2011, p. 15) ensinam que “Os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a Política.”

²⁷⁴ “Assim, não é possível concordar com uma definição ampla adotada por parte da doutrina, segundo a qual a fundamentalidade de certos direitos não dependeria da força formal constitucional e sim de seu conteúdo. Com efeito, não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, mas passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar, por mais relevante e ‘fundamental’ que seja seu conteúdo. Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos.” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 49).

²⁷⁵ Alguns autores falam em trivialização: “Essa problematização vai desembocar no tema do conceito de direitos fundamentais, que vai variar como grandeza diretamente proporcional à corrente a qual se filie o estudioso: se formal ou material. Ambas razões possuem suas razões, contudo, na concepção formal, segundo a qual o direito formal é apenas aquele positivado de forma expressa na Constituição, corre-se o risco, por um lado, de negar vigência ao disposto mesmo na norma do artigo 5º, § 2º, da Constituição, norma essa que existe e por isso é um dado do plano normativo: é, para dizer o mínimo, uma concepção reducionista das possibilidades de significação da própria ideia de direitos fundamentais. Por outro lado, a concepção formal tende a preservar os direitos fundamentais do fenômeno da trivialização, isto é, todo e qualquer direito pode vir a ser considerado fundamental por se relacionar, por exemplo, ao valor da dignidade da pessoa humana, fenômeno esse que pode produzir efeito inverso e perverso representado pelo excesso de fundamentalização dos direitos e, conseqüentemente, a perda de seu *status* privilegiado exatamente em função do enfraquecimento da característica a ele atribuída e que fazia dele um direito diferente ou, na linguagem inglesa, um *preferred right*, com qualidades próprias e especialíssimas.”

fomentando ainda mais o entendimento de que também a probidade administrativa é um direito fundamental.

3.7 A limitação do poder estatal como requisito dos direitos fundamentais: a questão da probidade administrativa

A probidade administrativa (dever de probidade), no mais, é evidente e auspiciosa limitação do poder estatal²⁷⁶, requisito este também identificador de um direito fundamental.

Saliente-se que “[...] o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha violar a dignidade pessoal.” (SARLET, 2008, p. 114). Assim, também o requisito em tela é cumprido à risca pelo direito à probidade, uma vez que a conjugação desta com o fundamento da dignidade servem de escudo para a atuação estatal desregrada. Não resta dúvida, neste contexto, que “Reprimir juridicamente a improbidade administrativa é, sem dúvida, tarefa aliada à incessante busca de redução das imunidades daqueles que detêm poderes políticos e administrativos de enorme relevância.” (OSÓRIO, 2007, p. 21 e 22).

Dimoulis e Martins (2011, p. 49), quando conceituam os direitos fundamentais como “[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”, deixam claro a finalidade em tela dos direitos fundamentais, de “limitar o exercício do poder estatal”. De mesma forma, Marmelstein (2011, p. 20): “[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à

²⁷⁶ Cardoso (2006, p. 18) ensina que “[...] o Estado Liberal ou burguês, o Estado Social e o Estado Neoliberal ou Regulador, são modalidades de Estado de Direito ou constitucional. As características básicas são as mesmas: a liberdade protegida, poder limitado, e o povo como titular do poder político.”

ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito²⁷⁷.”

Ao delimitar o conceito de direitos fundamentais, Marmelstein (2011, p. 20) apresenta cinco elementos básicos: “[...] norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder²⁷⁸, Constituição e democracia.”

Valle (2011, p. 82) faz a seguinte observação:

Ora, se é no âmbito da função administrativa que se assegura a concretização dos direitos fundamentais no que toca aos deveres de atuação do Estado, evidente a indissociação entre resultado (normalmente tutelado no elenco do Título II) e meio, cujos parâmetros de atuação se veriam definidos no direito fundamental à boa administração.

Tal colocação é interessante uma vez que a limitação do poder estatal funciona, aqui, sob um segundo ângulo que difere do primeiro, não no sentido de se (poder) exigir do Estado que não adote determinada medida, mas sim no sentido de que ele assim o faça. Disto se diz que a limitação pode ser para impedir como para compelir. Assim, como disse a ilustre autora (VALLE, 2011, p. 82), “[...] é no âmbito da função administrativa que se assegura a concretização dos direitos fundamentais no que toca aos deveres de atuação do Estado.”

²⁷⁷ Bertoni (2007, p. 130) anota que “A superação da ideologia predominante permitirá que no nível retórico a decisão venha com uma nova justificativa, comprometida com o Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição de 1988, quebrando-se, assim, com a referida ‘reiteração periférica do sistema’. A relevância do Poder Judiciário, neste sentido, é fundamental, porque sem a sua atuação firme, incumbida de decidir a respeito dos casos de improbidade e da aplicação das sanções correspondentes, será bastante difícil a superação dos valores atualmente dominantes. Assumindo o seu real papel, a partir de uma nova hermenêutica, poderá o Judiciário da Constituição de 1988 romper com o ciclo vicioso de justificação do sistema.”

²⁷⁸ Barroso (2013a, p. 107), ao escrever sobre o sucesso do constitucionalismo, aponta uma de suas razões exatamente a limitação do poder.

Dessa forma, a concretização dos direitos fundamentais depende (em grande monta) do exercício regular e efetivo da função administrativa. E é o exercício desta função administrativa, necessariamente proba, que induzirá e possibilitará a concretização dos direitos fundamentais. O poder estatal limita-se, desta forma, pela existência ou não de uma administração pública que exerça as suas obrigações constitucionais. Enfim, de uma administração pública proba.

No mais, Muñoz (2012, p. 69) cita o exemplo, na Espanha, do acordo do Conselho de Ministros da Ética pública, datado de 18 de janeiro de 2005. De acordo com o eminente publicista (MUÑOZ, 2012, p. 70), “O acordo, desde a perspectiva ética do serviço público, estabelece alguns princípios básicos, alguns princípios éticos e alguns princípios de conduta.” Entre os princípios básicos selecionados, exemplifica-se, expressamente, a probidade. Assim, a ideia da probidade administrativa como um componente, um qualificativo intransigível do agente público, remonta ao Direito europeu, que também concebe este direito como um verdadeiro limitador do poder estatal.

Não por outro motivo (a limitação do poder estatal), Dimoulis e Martins (2011, p. 57) ensinam que “A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo [...] e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado.” No mesmo sentido, Marmelstein (2011, p. 18) ensina que os direitos fundamentais “[...] estão intimamente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder.”

Consigne-se, em tempo, que “[...] o princípio da legalidade, em sua conformação atual, é contemporâneo do Estado de Direito²⁷⁹, tendo nascido com o Estado Liberal, sendo essencialmente ligado à idéia de limitação do poder.” (SANTOS NETO, 2008, p. 208 e 209).

²⁷⁹ Santos Neto (2008, p. 209 e 210) ensina que “A expressão *Estado de Direito*, por seu turno, foi construída pela dogmática alemã, já no século XIX, e teve em Von Mohl seu grande expoente. Constituída ela a tradução literal da expressão *Rechtsstaat*. Foi difundida na França por Carré de Malberg e, posteriormente, por seus discípulos da chamada Escola de Direito Público de Estrasburgo.”

E, como se sabe, a ofensa ao princípio da legalidade, “[...] um dos pilares do Estado de Direito [...]” (CARDOSO, 2006, p. 26), pode configurar ato de improbidade administrativa (art. 11 da LIA).

Enfim, a limitação do poder estatal é requisito indispensável à conceituação dos direitos fundamentais. E também aqui o direito fundamental à probidade administrativa cumpre à risca uma de suas tarefas, que é justamente limitar o poder estatal.

3.8 Os objetivos fundamentais da República, a cidadania e a função garantidora do direito (fundamental) à probidade administrativa

A probidade administrativa é ainda função garantidora²⁸⁰, como visto anteriormente, dos fundamentos e objetivos da República, como, a título de exemplo, a cidadania (art. 1º, inc. II) e a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incs. I, II, III e IV).

De mesmo modo que os requisitos anteriores, a probidade é o caminho necessário para o alcance e fomento dos fundamentos da República²⁸¹ (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político) e dos seus objetivos fundamentais (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do

²⁸⁰ Observe-se que ao se falar de República, destacam-se os seguintes elementos (FERNANDES, 2011, p. 205): a) forma de governo; b) igualdade forma entre as pessoas; c) eleição dos detentores do poder político; e d) responsabilidade política do chefe do governo e/ou do Estado. Observe-se, neste contexto, que a noção de República está diretamente ligada à noção de responsabilização dos agentes públicos, que efetivamente devem prestar contas de suas ações.

²⁸¹ “A improbidade administrativa de uma alta autoridade pública ocasiona deterioração mais intensa dos valores democráticos. Nesse sentido, quanto maior é o *status* do *improbis*, mais perniciosos são os efeitos de sua atitude.” (OSORIO, 2007, p. 311).

desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

No caso específico dos objetivos fundamentais da República, enumerados no art. 3º da Constituição Federal, alguns comentários devem ser feitos. Estamos diante, a bem da verdade, não de objetivos, metas, compromissos estatais a serem buscados. Não se está falando de pautas burocráticas, acordos convencionais, diálogos de botequim, discurso demagógico etc. Os objetivos enumerados no mencionado artigo são, aí sim, objetivos fundamentais, valem dizer, objetivos que alicerçam (ou devem alicerçar) o Estado brasileiro. E o legislador constituinte, neste caso, cuidou com esmero, entre outros, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária²⁸². Indaga-se: qual a repercussão do direito (fundamental) à probidade administrativa para a construção de uma sociedade justa? E para a construção de uma sociedade livre? E para a construção de uma sociedade justa? Melhor ainda: e para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária? Aí reside um aspecto que, antes mesmo de ser normativo (e a fundamentalidade formal e material já foram exaustivamente discutidas), é sistêmico. Não adianta eleger como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, se esta República não se pauta por uma

²⁸² A correlação entre os objetivos fundamentais da República (art. 3º da Constituição Federal) e a probidade administrativa não se revela prosaica e nem romântica. Trata-se de vinculação sistêmica, fruto das aspirações reveladas no texto constitucional. Sobre tal aspecto, a doutrina vem se debruçando, conforme se vê nas lições de Bertoncini (2007, p. 24): “O enfrentamento da corrupção, segundo se pode inferir, constitui-se em necessidade imprescindível do Estado e da sociedade brasileira, para que se possa construir, gradativamente, uma sociedade livre justa e solidária – prova, em última análise -, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e para promover o bem de todos (art. 3º da CF). O desempenho dessa relevante tarefa certamente deve envolver a sociedade e os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e o Ministério Público.” Em outra passagem de sua obra, Bertoncini (2007, p. 207) assim se manifesta: “O interesse público – inclusive nesse viés patrimonial – é interesse da coletividade. Sem a preservação desse interesse não há como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos (art. 3º da CF). É nesse sentido constitucional que devem interpretar e aplicar as disposições dos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92.”

administração pública honesta, leal e eficiente. Enfim, não adiantaria se eleger metas fundamentais e se vilipendiar os direitos (e deveres) cabíveis ao atingimento destas metas. Uma sociedade só será efetivamente livre, justa e solidária se tiver à sua disposição uma administração pública também efetivamente honesta, eficiente e leal.

Não só. Enumerou-se, ainda, como objetivo fundamental da república, a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Também aqui convém uma indagação demolidora: como se enfrentar tais objetivos sem uma administração pública efetivamente proba? Qual a lógica sistêmica, no âmbito de uma Constituição Federal, em se eleger objetivos fundamentais da República, justamente aqueles que lhe servem de fundamento, e não se cuidar do “braço” estatal encarregado do atingimento de tais misteres?

Enfim, quando o próprio texto constitucional diz que são fundamentos da República alcançar a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, diz também que devem ser prestigiados todos os mecanismos hermenêuticos que possibilitem o cumprimento destes objetivos – frise-se – fundamentais.

No campo empírico, mas não só nele, porque vimos que goza, o direito à probidade administrativa, de fundamentalidade formal e material, a lógica também se desnuda. Como uma administração pública que não se fundamenta na probidade pode buscar o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais?

No mais, também eleito objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação só convive com uma administração pública efetivamente honesta, leal e eficiente. É de se observar que “[...] o Estado-Administração da discricionariedade legítima

requer (ao mesmo tempo, suscita) o *protagonismo da sociedade amadurecida* e do agente público que promove o ‘bem de todos’ (CF, art. 3º, IV).” (FREITAS, 2009, p. 21).

Não por outro motivo é que Bertincini (2012, p. 46) também vinculou o atingimento dos objetivos fundamentais da República à obediência do direito fundamental à probidade administrativa:

Todo esse aparato normativo deve mudar a forma como encaramos a corrupção administrativa, a cultura de improbidade e o modo como operamos o administrativa direito interno em face da proteção desse novo direito fundamental – direito fundamental à probidade administrativa -, cuja implementação exige uma postura ativa do Estado e da sociedade brasileira, como condição *sine qua non* para a concretização de um projeto maior da nossa Constituição Cidadã: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

No âmbito da cidadania, fundamento da República (art. 1º, inc. II, do texto constitucional), tem um componente especial, que segue modelos externos, considerando-se o vínculo existente entre a própria administração pública e o cidadão, vencendo o vetusto modelo de relação entre administrador e administrado. Neste contexto, a relação orgânica da administração pública se dá além de seu horizonte interno, dentro da própria estrutura de Estado. Sua relação e compromisso são dirigidos ao funcionamento da estrutura estatal, na satisfação de seu próprio público interno, e ainda e principalmente ao destinatário dos serviços públicos, o cidadão, nos exatos termos da Constituição Federal.

Os critérios orientadores desta atividade administrativa são incontáveis e não cabe a este estudo digeri-los, nem abstratamente. O texto constitucional lhe dedica menção especial, logo no primeiro capítulo destinado à administração pública, exigindo obediência “[...] aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” São critérios escolhidos e definidos pelo próprio texto constitucional. E outros existem, como a

eficácia administrativa (art. 74 da Constituição Federal²⁸³), por exemplo. Contudo, de todos os vetores que informam o (bom) andamento da administração pública, sobressai a sua “[...] finalidade de serviço ao cidadão [...]”²⁸⁴ (MUÑOZ, 2012, p. 27). O cidadão é, assim, o destinatário privilegiado da administração pública, colocado como o grande responsável pela engrenagem da máquina administrativa, e, como visto, não por acaso, a cidadania foi eleita constitucionalmente um dos fundamentos da República.

3.9 O princípio da boa gestão pública e a contribuição do Direito europeu

A probidade administrativa é ainda decorrência lógica, e nele se insere, do princípio (fundamental) da boa gestão pública²⁸⁵, uma vez que não se admite uma boa administração pública²⁸⁶ que não seja marcada pelas pechas da probidade (honestidade, eficiência e lealdade) e considerando que “A boa administração de instituições públicas é um direito do cidadão, de natureza fundamental.” (MUÑOZ, 2012, p. 156). Houve a juridização da boa gestão²⁸⁷, um bem da vida que se observou absolutamente imprescindível à consecução dos

²⁸³ “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; [...]”

²⁸⁴ Muñoz (2012, p. 27) enumera como critérios que vinculam a administração pública às demandas democráticas, entre os quais transparência, objetividade e simplificação de suas estruturas: “Por isso, uma Administração Pública que se ajuste adequadamente às demandas democráticas há de se responder a uma rica gama de critérios que poderíamos qualificar de internos, porque visam à sua própria articulação interior, aos processos de tramitação, à sua transparência, à celeridade e simplificação de suas estruturas, à objetividade de sua atuação etc. Mas acima de todos esses critérios ou, melhor dizendo, dotando-os de sentido, deve prevalecer a finalidade de serviço ao cidadão a que venho fazendo alusão.”

²⁸⁵ Alguns autores preferem a nomenclatura boa administração pública.

²⁸⁶ O preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção anota que “[...] o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social [...]”

²⁸⁷ Necessária a exata compreensão do conteúdo do tema, nas palavras de Valle (2011, p. 58): “Essa trajetória de controle do poder tem como manifestação mais recente a enunciação do direito fundamental à boa

vários compromissos constitucionais, entre os quais o da probidade no âmbito da administração pública.

O “[...] direito à boa administração pública, direito que a Carta Europeia de Direitos Fundamentais de dezembro de 2000²⁸⁸ veio a incluir no art. 41 [...]” (MUNÕZ, 2012, p. 158), abarca o direito (fundamental) à probidade administrativa. Tanto que se deve “[...] situar a improbidade administrativa, num marco ético-institucional, como espécie de má gestão pública.” (OSÓRIO, 2007, p. 39). A pedra de toque é exatamente esta: a probidade administrativa é corolário lógico, e nela se insere, da boa gestão pública.

Sobre o art. 41 da Carta de Nice²⁸⁹, Valle (2011, p. 83) faz interessante observação:

O art. 41, 1, da Carta de Nice alude ao tratamento imparcial, equitativo e em prazo razoável – garantias albergadas na Carta de 1988 nos arts. 37, *caput* (impessoalidade), e 5º, LXXVIII (duração razoável). A explicitação contida no art. 41, 2, da Carta alude a aspectos do devido processo (art. 5º, LV CF); já o direito à reparação de danos (art. 41.3 da Carta de Nice) encontra previsão expressa no art. 37, § 6º, CF. O último item do multicitado art. 43 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – direito a se dirigir à administração em qualquer das línguas

administração, trazida para o corpo de um diploma jurídico, ao longo do processo de institucionalização da União Europeia. Com tal iniciativa, juridicizou-se um bem da vida - ‘boa administração’ - cujo conteúdo precisa ser compreendido, para que se possa identificar pertença, efetivamente, ao campo daqueles direitos que merecem o regime típico da qualificação como *fundamentais*.”

²⁸⁸ Valle (2011, p. 60) contribui para o debate: “A decisão de incorporação ao sistema de direito da União Europeia de um instrumento assecuratório de direitos fundamentais ocorreu a partir da reunião havida em junho de 1999, do Conselho Europeu de Colônia, que deliberou, dentre outros temas, quanto à oportunidade de elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo conteúdo foi traçado na mesma oportunidade: [...]”

²⁸⁹ “Artigo 41. Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.”

oficiais dos tratados, recebendo resposta no mesmo idioma – não se põe na realidade brasileira, de país de idioma único.

Tal entendimento ganha relevo pois, no âmbito da União Europeia, o art. 41 da Carta de Nice (Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia)²⁹⁰ reconhece expressamente o direito à boa administração, sendo que os seus consectários lógico-legais, como visto, têm correlação com os compromissos e exigências constantes no texto constitucional brasileiro.

Válidas ainda são as considerações de Osório (2007, p. 43), que assim enfrenta o tema:

Em todo o caso, permitindo o salto histórico, ninguém duvida que hoje exista um princípio essencial de boa gestão pública nas Constituições democráticas, como disse muito acertadamente o Parlamento Europeu, ao anunciar que tal princípio suporta uma série de deveres de boa gestão, deveres iminentes ao sistema e não necessariamente implícitos. A confiança ou o *trust* entre administradores e administrados, que está no coração das democracias contemporâneas, exige boa gestão pública, já que os primeiros têm que prestar contas de seus atos aos segundos, como disse García de Enterría, já mencionado, numa relação contínua e permanente, que não pode se esgotar no processo eleitoral, até porque o administrador não ganha um 'cheque' em branco para governar.

Essa afirmativa merece reflexão, em homenagem não apenas à estatura intelectual de seu autor, mas também pelo sentido que as palavras têm, ou ao menos devem ter. Osório entende que “[...] ninguém duvida que hoje exista um princípio essencial de boa gestão pública nas Constituições democráticas [...]”²⁹¹. E a suma perfeita é esta: há um vínculo

²⁹⁰ Pessoa (2009b, p. 68 e 69) ensina que: “Em 29 de outubro de 2004, foi assinado o Tratado Constitucional, que formalizou a constituição europeia. Trata-se de extenso documento que consolidou vários tratados anteriores, mas ficou sujeito à ratificação pelos Estados-membros. A constituição foi dividida em quatro partes: I – Definição e objetivos, cidadania, competências, instituições, vida democrática, finanças, Estados vizinhos e qualidade de membro da União; parte II – Carta de direitos fundamentais da União Europeia; parte III – Políticas e funcionamento da União; Parte IV – Disposições gerais finais.”

²⁹¹ Quanto à primeira decisão europeia que fala especificamente no direito à boa administração, Valle (2011, p. 72) assim anota: “A afirmação, todavia, de um direito especificamente à boa administração se dá, pela primeira

imane entre o princípio da boa gestão pública e as Constituições democráticas, uma vez que estas estão a exigir, como forma de patrocínio, entre outros, da cidadania, uma administração pública que se revele efetivamente boa, e não apenas exista no campo das formalidades legais. Assim, “[...] um direito fundamental à boa administração [...] a par de prestigiar o princípio democrático, reverencia igualmente à máxima efetividade da Constituição, na medida em que antecipa as providências de concretização das ações estatais por ela determinadas.” (VALLE, 2011, p. 77). Disto de conclui que, antes de qualquer outra função, o direito à boa administração pública prestigia a própria democracia e referencia à efetividade da Constituição Federal.

O autor (OSÓRIO, 2007, p. 43) sugere ainda que “[...] tal princípio suporta uma série de deveres de boa gestão, deveres imanentes ao sistema e não necessariamente implícitos.” Aqui reside outra constatação meritória: o direito e o dever de boa gestão advêm do próprio sistema e não são apenas implícitos. E tal perplexidade foi ventilada também por Valle (2011, p. 80), que diagnosticou que vários autores pátrios sustentam que o direito à boa administração tem “caráter implícito”, isto com base no art. 5º, § 2º, do texto constitucional. A própria autora (VALLE, 2011, p. 81), contudo, noticia a existência do “[...] caráter instrumental do adequado exercício da função administrativa, para fins de garantia da efetividade dos demais direitos fundamentais.” Vismbra-se assim que a boa gestão pública não se reproduz em uma só regra determinada, mas de todo o sistema jurídico. Neste contexto, Valle (2011, p. 81), ao final, deixa evidente que o Estado “[...] assume compromissos não só em relação aos resultados concretos de sua atuação, mas igualmente tendo em conta todo o espectro de formulação,

vez, na decisão lançada no *Caso C-255/90 P, Jean-Luis Burban contra Parlamento Europeu*. A hipótese envolvia o pedido de cassação de decisão judicial pretérita, atinente à exclusão de funcionário público de concurso, à conta da deficiência dos documentos instrutórios de sua candidatura. Segundo sua narrativa, essa deficiência documental da inscrição se devia à errônea informação que lhe fora provida por servidor público, donde a pretensão de incidência em seu favor do argumento de violação, pela instância de origem, do direito fundamental à boa administração, afirmando em precedentes do TJ/EU como compreendendo a obrigação de parte da administração de ter em conta o conjunto de elementos que possam determinar sua decisão, observados não só o interesse do serviço, mas também aquele do funcionário envolvido no litígio.”

implementação e avaliação das escolhas públicas que lhe são cometidas empreender.” Está-se, assim, diante de um sistema constitucional que deixa claro, não com meias palavras, não superficialmente, a sua vocação para o implemento de uma boa administração pública.

Freitas (2009, p. 09) também reconhece tal direito fundamental (à boa gestão pública), com base no noticiado art. 41 da Carta de Nice. O ilustre doutrinador concebe tal direito como norma implícita, considerando-se a existência de um feixe de princípios e regras sobre o tema:

Nesse desiderato, o direito fundamental à boa administração pública (conceito a ser aqui formulado, sob inspiração do art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice), é norma implícita (feixe de princípios e regras) de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional, a impelir *o controlador a fazer as vezes de “administrador negativo”*, isto é, a terçar armas contra a discricionariedade exercida fora dos limites ou aquém dos limites – a saber, de maneira extremada ou omissa.

É interessante anotar, mais uma vez, que a boa administração pública, ou boa gestão pública, poderia gerar perplexidade quanto ao seu reconhecimento no âmbito do direito nacional, na medida em que a sua inserção em modelos internacionais, como visto, é indubitosa. Valle (2011, p. 58) revelou tal preocupação: “‘Boa administração’ - ou, quando menos, aquela de que cuida a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – é conceito universalmente válido e atemporal?” Tal modelo, contudo, não se restringe a países europeus. A doutrina reconhece o direito fundamental à boa gestão pública, na qualidade de “[...] norma implícita (feixe de princípios e regras) [...]” (FREITAS, 2009, p. 09). Talvez, contudo, a fundamentação legal e constitucional do direito em comento não seja implícita. Como visto, o próprio texto constitucional expressa formalmente a sua vocação por uma administração pública baseada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37). Não só. De mesmo modo, reconhece expressamente a existência de atos de improbidade administrativa (art. 37 § 4º) e cria inúmeras obrigações aos administradores

públicos. Enfim, o próprio texto constitucional deixa clara a sua opção por uma boa gestão pública, gestão esta marcada, também, pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e pelos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (art. 11 da LIA). Enfim, por uma gestão proba.

Consigne-se, em tempo, que Freitas (2009, p. 22), ao se referir à boa gestão pública, fala em uma administração eficiente, eficaz e cumpridora de seus deveres. E tais características são previstas expressamente no texto constitucional (arts. 37 e 74).

No mais, acrescenta-se mais um elemento na doutrina de Osório (2007, p. 43) fundamental na relação entre administradores e administrados, ou, melhor dizendo, entre administradores e cidadãos, e “[...] que está no coração das democracias contemporâneas [...]”: a obrigatoriedade do agente público de “[...] prestar contas de seus atos [...]” aos cidadãos²⁹². E esta prestação de contas serve, de certo modo, para efetivar os compromissos constitucionais, torná-los reais, retirando-lhes da virtualidade, sendo que o seu descumprimento pode configurar, e não raro configura, atos de improbidade administrativa.

Enfim, a doutrina reconhece o princípio fundamental da boa gestão pública²⁹³, no âmbito brasileiro, considerando-se que “A boa administração de instituições públicas é um direito do cidadão, de natureza fundamental.” (MUNÕZ, 2012, p. 156). E a probidade administrativa (direito fundamental) faz parte da boa gestão pública, sendo-lhe condicionante e qualificante, com seus corolários da honestidade, eficiência e lealdade funcionais.

²⁹² Saliente-se, mais uma vez, que já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão via-se a preocupação com a probidade na administração pública. O art. 15, por exemplo, falava que “A sociedade tem o direito de exigir contas a qualquer agente público de sua administração”.

²⁹³ Santos, R. (2012) ensina que “A probidade administrativa constitui-se em direito fundamental difuso da sociedade, que integra o ‘direito fundamental à boa administração’, e decorre dos direitos implícitos, do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, revestindo-se da mesma força jurídica dos direitos fundamentais do catálogo expresso da Constituição, possuindo um caráter vinculante à administração e de plena e imediata aplicação.”

Nesse contexto, visualiza-se o direito (fundamental) à boa gestão pública, que engloba uma seleção de outros direitos formatados para cumprir as exigências constitucionais quanto à administração pública. Freitas (2009, p. 22 e 23) fala em, basicamente, os seguintes direitos: (a) direito à administração pública transparente; (b) direito à administração pública dialógica²⁹⁴; (c) direito à administração pública imparcial; (d) direito à administração pública proba; (e) direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada²⁹⁵; (f) direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz²⁹⁶.

Assim, o direito à boa gestão pública é formatado através da reunião de vários outros direitos. O direito à administração pública transparente, no caso, justifica-se e se exige pela necessidade de tornar público o que é público. A administração pública dialógica é, segundo o próprio autor, aquela “[...] respeitadora do devido processo [...]” (FREITAS, 2009, p. 22). Ela é ainda imparcial, na medida em que a sua orientação é pautada pelo interesse público. É também, a administração pública, respeitadora da legalidade temperada, além de ser preventiva, precavida e eficaz. Aqui, seu fundamento constitucional repousa na eficiência que se espera e se exige dos agentes públicas e não por outro motivo, a própria LIA tipifica atos culposos (art. 10). A eficiência, neste caso, é um dos pilares desta administração pública que se pretende não apenas proba, no sentido de honesta, mas também eficiente²⁹⁷, diligente, como determina o texto constitucional. Daí se afirmar que existe um princípio da boa gestão pública, que deixa suas raízes na honestidade e eficiência que devem necessariamente nortear

²⁹⁴ Vale dizer, “[...] respeitadora do devido processo [...]” (FREITAS, 2009, p. 22).

²⁹⁵ Ou seja, “[...] sem a ‘absolutização’ irrefletida das regras [...]” (FREITAS, 2009, p. 23).

²⁹⁶ Valle (2011, p. 76), por sua vez, compreende o direito à boa administração da seguinte forma: “Um direito fundamental à boa administração haverá de compreender, portanto: 1. em decorrência da função protetiva, um espaço isento de atuação dos titulares, os quais, livres de quaisquer interferências, têm o direito de formular as próprias escolhas; 2. a garantia da intervenção individual na formação da vontade dos poderes públicos; e 3. as condições propiciadas pelos poderes públicos para superar condição pessoal que os impeça de exercer os valores da moralidade privada.”

²⁹⁷ Observe-se que “O dever de obediência à eficiência é, portanto, quando quebrado, um dos pilares também da improbidade administrativa, na medida em que se proíbem condutas gravemente culposas que resultem em prejuízo ao erário ou à sociedade. Trata-se de imperativo da Nova Gestão Pública.” (OSÓRIO, 2007, p. 175).

toda a atividade administrativa, e que é “[...] produto específico da pós-modernidade” (OSÓRIO, 2007, p. 47). Vale dizer, “[...] a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 47 e 48).

Enfim, o direito à administração pública proba é mais uma parte integrante da boa administração pública, sendo que o conteúdo de tal direito - à boa gestão pública - é preenchido, assim, pelo que dispõem as ciências correlatas (Administração, Economia, Contabilidade etc) e a ciência do Direito, naquilo que lhe é útil e convencional. O que interessa ao Direito é que todos os parâmetros científicos conhecidos de gestão administrativa podem e devem ser utilizados em favor da administração pública, atendendo-se à exigência do próprio texto constitucional²⁹⁸.

Valle (2011, p. 101) entende que “O reconhecimento de um direito fundamental à boa administração que encontre na governança o seu traço característico exige uma opção preñhe de indeterminações.” E isto é absolutamente natural, até porque as indagações se apresentam: O que é boa administração? O que é uma administração ruim? A autora (VALLE, 2011, p. 101) reconhece que “[...] no próprio campo da administração, o conceito de governança se revela polissêmico, com um conjunto de abordagens possíveis em relação aos seus efeitos sobre determinada organização.” Esta indeterminação se afunilará, revelando-se, demonstrando que as opções político-administrativas são ruins, e sendo relevante para o Direito, quando as obrigações constitucionais falharem²⁹⁹. Enfim, para o jurista, a

²⁹⁸ Valle (2011, p. 84) entende que, neste aspecto, há pouca diferença entre as ciências da Administração e do Direito: “Verifica-se portanto que o direito fundamental à boa administração, cogitado pelo universo jurídico no uso do código que lhe é próprio, pouco se diferencia daquela nova etapa de parametrização do desenvolvimento dessa mesma função posta pela ciência da administração – o que se tem, como sugere o título, é o mesmo discurso, ainda que através de distintos códigos de fala.”

²⁹⁹ Valle (2011, p. 102) faz a seguinte colocação, extremamente interessante: “É certo que a um dever de agir posto em abstrato ao Estado corresponderá a especificação desse mesmo dever em relação à cidadania, destinatária dessa ação. Se o direito fundamental à boa administração na se concretiza, isso gerará – evidentemente – efeitos na esfera individual de direitos, o que só corrobora a afirmação da teoria de que todos os

administração pública deixará de ser boa quando fincada em ilegitimidades e ilegalidades; quando pessoal, imoral, escondida, ineficiente e quando os resultados esperados, e exigidos, não se apresentarem satisfatoriamente, em claro e evidente descompromisso constitucional.

Muñoz (2012, p. 25), com base na Constituição Espanhola de 1978, define administração como “[...] uma organização que serve com objetividade os interesses gerais.”³⁰⁰ Há, assim, um parâmetro (quase que) global, no sentido de vincular a administração pública aos serviços de interesses gerais. O caminho traçado é este, e esta administração, transitando no campo das obviedades, só se vinculará com os serviços de interesses gerais, só será, em linhas gerais, uma boa administração, se também se pautar pela probidade, que, como visto, é componente condicionante do princípio da boa gestão pública. E em outra passagem, o autor (MUÑOZ, 2012, p. 135) anota que o poder na administração pública deve ser “[...] aberto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensível, cooperativo, atento à opinião pública, dinâmico e compatível.”

Tais observações são necessárias para qualificar o debate sobre o que é efetivamente direito fundamental. Se assente, não obstante, que as ponderações que se apresentam não vagueiam pelo campo da futilidade ou da prescindibilidade. É necessário aquilatar o tema com rigor científico, a fim de não se apresentar uma banalização dos direitos fundamentais, uma vez que “[...] tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição.” (SARLET, 2008, p. 106).

direitos fundamentais são revestidos da dupla dimensão. Todavia, a dimensão subjetiva figura aqui como decorrência – e não como o foco principal do conceito.”

³⁰⁰ O autor (MUÑOZ, 2012, p. 25) conclui seu raciocínio expressando os compromissos da administração pública com os interesses gerais: “A Carta Magna recorda-nos que as reformas administrativas devem realizar-se em função das pessoas e não em função dos interesses burocráticos ou tecnocráticos. Por quê? Porque, como também estabelece a Constituição, corresponde aos poderes públicos – artigo 9.2 da CE – promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas, remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.”

Válido anotar, ainda, que parte da doutrina advoga a existência de um direito fundamental ao patrimônio público³⁰¹ e à moralidade administrativa. Baseado na existência de direitos humanos e de direitos fundamentais, Martins (2013, p. 53) entende que “[...] o patrimônio público e a moralidade administrativa pertencem a ambas as categorias, ou seja, são objeto de proteção tanto das declarações sociais, como das Constituições.” Deste modo, o autor trabalha com a ideia de um direito fundamental ao patrimônio público e à moralidade administrativa que guarda, em linhas gerais, similitude com o direito fundamental à probidade administrativa, mas com ele não se confunde.

3.10 Anotações derradeiras

Em síntese, podem ser considerados direitos fundamentais, assim: 1) os previstos no art. 5º da Constituição Federal; 2) os previstos no título II do texto constitucional; 3) os previstos em qualquer dispositivo constante na Constituição Federal, desde que com vínculo efetivo e direto com a dignidade da pessoa humana; 4) os não enumerados implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal; 5) não enumerados decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; 6) os fundamentais autônomos³⁰².

³⁰¹ A propósito, Martins (2013, p. 48) assim conceitua patrimônio público: “Dessa forma, pode-se conceituar, nesta breve introdução, que patrimônio público é o conjunto de bens, dinheiro, valores, direitos (inclusive sociais e morais) e créditos pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta ou indireta e fundacional, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados à sua proteção e defesa. Tais elementos, mesmo sob a posse de particular, nunca perderão a qualidade de domínio público, dada sua origem: o ente público. Sempre lembrando que os bens públicos podem ter, ainda, natureza artística, histórica, estética e turística.”

³⁰² Sarlet (2008, p. 106).

Santos, R. (2012) defende o direito fundamental à probidade administrativa sob os seguintes alicerces:

Dessa forma, o “direito fundamental à probidade administrativa” decorre, na Constituição Federal de 1988: (i) do princípio republicano (art. 1º, *caput*); (ii) do princípio democrático (art. 1º, par. único); (iii) de seus fundamentos (art. 1º, incisos I a V: soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político); (iv) dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, incisos I a IV: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); (v) da prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz nas suas relações internacionais (art. 4º, I e VI); e (vi) dos demais princípios constitucionais administrativos, previstos no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Bertoncini (2012, p. 45), por sua vez, assim entende:

Independentemente dos posicionamentos doutrinários quanto à existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, certo é que o direito público subjetivo à probidade na Administração Pública deve ser considerado um direito fundamental, haja vista o seu caráter coletivo e universal, e sua titularidade indefinida e indeterminável, ‘nota distintiva destes direitos’.

Observa-se, assim, que o direito à probidade administrativa é fundamental porque previsto no título II da CF, além de em outros dispositivos constitucionais; porque mantém vínculo efetivo e direito com a dignidade da pessoa humana; porque decorrente do regime e dos princípios adotados pela CF; e porque decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No mais, anotou-se que há um vínculo virtuoso entre os direitos fundamentais, e entre eles o direito fundamental à probidade administrativa, e a moralidade política brasileira, uma

vez que “As idéias de *direitos fundamentais* e *democracia* representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos.”, conforme leciona Binenbojm (2007, p. 762)³⁰³.

³⁰³ Binenbojm (2007, p. 762) avança em sua explanação acerca dos direitos fundamentais e da democracia: “Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.”

4. A probidade administrativa como um direito fundamental: repercussões jurídico-legais

Viu-se que a probidade administrativa é direito fundamental. E tal entendimento não se sustenta de forma gratuita nem deixa de apresentar repercussões jurídico-legais. Apenas em sua dimensão objetiva, tal direito fundamental, como outros, abarca “[...] elementos irradiadores do sistema constitucional sobre todo o ordenamento jurídico, como diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” (VALLE, 2011, p. 76).

Nesse contexto, conforme ensina Santos, R. (2012):

A afirmação da existência de um direito fundamental à probidade não é uma questão meramente semântica, destituída de importância prática, pois essa consideração traz consequências jurídicas que refletem na seara da hermenêutica, já que, como é sabido, a interpretação das normas constitucionais e legais deve ser feita a partir das normas de direito fundamental. Noutra quadra, o reconhecimento de um direito fundamental à probidade administrativa vai repercutir no *status* hierárquico das convenções internacionais firmadas pelo Estado brasileiro nessa matéria.

Enfim, a concepção da probidade administrativa como um direito fundamental apresenta relevantíssimas repercussões, que devem ser analisadas e cuidadas com o rigor teórico necessário. Assim, serão analisadas as (principais) repercussões jurídico-legais (há outras repercussões - sociais³⁰⁴, políticas etc – também relevantes) do reconhecimento da probidade administrativa como um direito fundamental: a) a dimensão objetiva do direito

³⁰⁴ “Os agentes públicos, de longa data, em especial os detentores de poder político, em considerável medida, ao assumirem suas funções passam a fazer da coisa pública e do Estado coisa própria, espaço privado, de uso pessoal; desviam a entidade estatal do atendimento das finalidades públicas a que se destina, para volta-la aos seus interesses particulares e de seus apaniguados, lesando, assim, o indisponível interesse público, além de legítimos interesses particulares, verdadeiramente frustrados medias as mais diversas práticas de abuso do poder (coronelismo, filhotismo, nepotismo, empreguismo etc.).” (BERTONCINI, 2007, p. 31).

fundamental à probidade administrativa; b) o condicionamento da atuação da administração pública; c) a interpretação conforme o direito fundamental à probidade administrativa; d) a necessária releitura do parâmetro jurisprudencial (REsp n^o 213994/MG); e) a questão do tipo culposo no âmbito de um direito fundamental; f) a qualificação de cláusula pétrea do direito fundamental à probidade administrativa.

Verificar-se-á, assim, as consequências da compreensão de que a probidade administrativa é um direito fundamental, no âmbito legislativo, da administração pública e do judiciário, até porque “[...] todos os Poderes e funções do Estado estão vinculados aos direitos fundamentais.” (BITENCOURT NETO, 2012, p. 165)³⁰⁵. No mais, serão exploradas outras também relevantes consequência desta compreensão, como a releitura necessária do parâmetro jurisprudencial (REsp n^o 213994/MG), a questão do tipo culposo (art. 10 da LIA) e a qualificação de cláusula pétrea do direito fundamental à probidade administrativa.

4.2 A dimensão objetiva do direito fundamental à probidade administrativa: irradiação das normas de direito fundamental e referencial hierárquico legitimador do ordenamento jurídico. A vinculação legislativa ao direito fundamental à probidade administrativa: alguns exemplos concretos

Ao se considerar a probidade administrativa um direito fundamental, reconhece-se, obviamente, a sua dimensão objetiva. Vale dizer, a sua capacidade “[...] de irradiar pelos

³⁰⁵ No mesmo sentido, Abboud (2011, p. 329): “Na realidade, os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Públicos. Os referidos direitos apresentam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado.” Alexy (2008, p. 25) apresenta preocupação com tais vinculações: “Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República Federal da Alemanha, vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional.”

diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ‘ordem de valores’ que eles representam.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 364)³⁰⁶. E é válido anotar que “[...] os direitos ostentam uma função (ou dimensão) *objetiva*, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo-individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado.” (PEREIRA, 2006, p. 77).

Nesse contexto, extrai-se o referencial hierárquico legitimador do ordenamento jurídico, no que tange ao direito fundamental à probidade administrativa. Há, sim, verdadeira vinculação legislativa³⁰⁷ ao direito fundamental, motivada pela coerência orgânica do próprio sistema jurídico³⁰⁸, uma vez que “[...] a primeira e a mais básica forma de vinculação do órgão legiferante, está no dever de guardar coerência e respeito aos direitos fundamentais no exercício da atividade legislativa.” (FERNANDES, 2011, p. 248). Assim, em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais, inclusive o direito à probidade administrativa, “[...] funcionariam como um ‘sistema de valores’ capaz de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 318).

³⁰⁶ Sobre o tema, Silva (2010, p. 108) assim se manifesta: “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem a ver com a nova configuração estatal que atribuiu papel ao Estado não mais apenas de agente que devesse se manter omissivo e não interferir em uma determinada esfera de liberdade do indivíduo, mas sim já agora agir para proteger direitos fundamentais, inclusive contra a violação perpetrada por particulares.”

³⁰⁷ “A autorização normativa para que se concretize o direito fundamental pela via da interpretação pode ser dirigida tanto ao Judiciário quanto ao Legislativo: aquele na decisão a ser proferida no caso jurídico, este na edição, por exemplo, de lei interpretativa, no exercício de uma interpretação autêntica.” (SILVA, P., 2010, p. 29)

³⁰⁸ A preservação do sistema jurídico é enfrentada por Martins (2013, p. 267): “Mas essencialmente a par da grande maioria dos constitucionalistas a característica primordial do neoconstitucionalismo é a ideológica que consiste na indicação de que todo o sistema jurídico deve partir da realizabilidade dos direitos fundamentais. Pelo menos essa abordagem não parece equivocada por dois motivos essenciais: preserva a coerência do sistema jurídico (validade formal) e impõe respeito aos axiomas democráticos escolhidos como projeto de vida de toda a coletividade (validade material).”

Vale dizer, se a probidade administrativa é um direito fundamental, e viu-se que é, deve o legislador³⁰⁹ ater-se, limitar-se, referenciar-se em relação a tal direito. Mais ainda, “O Poder Legislativo ordinário tem de respeitar os direitos fundamentais quando age ao produzir qualquer restrição a um direito fundamental.” (SILVA, P., 2010, p. 40).

Nesse campo, o modelo de administração pública escolhido é aquele referenciado no texto constitucional. Vale dizer, o modelo constitucional traçado pela Constituição Federal de 1988, no que tange à administração pública, é o modelo baseado na probidade administrativa, exatamente como escolhido pelo legislador constitucional. Disto deriva a obrigação (constitucional) que tem o legislador ordinário de pautar a sua atividade legislativa (e fiscalizadora também) com base na concepção da probidade administrativa como um direito fundamental.

Assim, tem o direito fundamental à probidade administrativa uma verdadeira dimensão objetiva, servindo como referencial hierárquico legitimador do ordenamento jurídico. Em outras palavras, este direito, fundamental que é, legitima todo o ordenamento jurídico e serve de referência hierárquica, de tal forma que a legislação ordinária deve, de todo modo, amoldar-se a tal parâmetro fundamental, sob pena de se afastar do texto maior e ser abatida pela pecha da inconstitucionalidade.

Santos, F. (2010, p. 177) entende que esta “[...] irradiação das normas jusfundamentais”³¹⁰, em nosso sistema jurídico, que vincula os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, é pautada pelos seguintes aspectos: (a) “[...] o efeito em terceiros ou

³⁰⁹ Quanto ao controle parlamentar da administração, Correia (2012, p. 313) ensina que, atualmente, “[...] no mundo do Direito Administrativo global, é frequente encontrar o registro da correlação entre o enfraquecimento do controle parlamentar da administração e o alargamento do âmbito e intensidade de um controle judicial não ‘capturado’ por estratégias partidárias ou interesses sectoriais.”

³¹⁰ Válidas são as palavras de Santos Neto (2008, p. 417): “Os direitos fundamentais, como mandamentos de otimização têm o condão de provocar sua irradiação por todo o ordenamento jurídico como observado no transcorrer deste trabalho, e esta irradiação representa mais que a mera irradiação do direito positivo, senão a irradiação da própria idéia de justiça em todos os âmbitos do direito, conforme exigência do próprio direito positivo; [...]”

horizontal [...]”; (b) “[...] a limitação dos conteúdos possíveis do direito comum [...]”; (c) “[...] a especificação do tipo de determinação material determinada pela Constituição [...]”; e (d) “[...] a abertura do sistema jurídico perante a moral.”

Quanto a este “efeito em terceiros ou horizontal”, não se trata de objeto de estudo do presente trabalho, considerando-se que, quanto ao direito fundamental à probidade administrativa, há um vínculo direto e vertical entre o administrado (melhor dizendo, o cidadão) e o Poder Público. Trata-se de eficácia vertical³¹¹ dos direitos fundamentais, uma vez que esta relação é hierarquizada. Desta forma, as relações jurídicas havidas entre

³¹¹ Quanto à eficácia horizontal, incidente nas relações entre particulares, que não é objeto do presente estudo, tem-se que o parâmetro é o caso Lüth: “O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorreu, pela primeira vez, de forma expressa, em 1958, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão julgou o **caso Lüth**. [...] o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, liderou, em 1950, um boicote ao filme **Unsterbliche Geliebte** (‘Amada Imortal’), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia apoiado o nazismo alguns anos antes, tendo, inclusive, produzido um filme de propaganda anti-semita encomendado pelo ministro da propaganda nazista, Joseph Goebbels. Erich Lüth, por ser o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, pressionou distribuidores e donos de cinema para que não o incluíssem em sua programação. Lüth defendia que, caso o filme entrasse em cartaz, seria dever dos ‘alemães decentes’ não o assistir. A produtora e a distribuidora do filme ingressaram com ação judicial na Justiça Estadual de Hamburgo, no intuito de impedir o boicote. Alegaram que estavam tendo prejuízo financeiro, pois várias pessoas estavam deixando de assistir ao filme seguindo o apelo de Lüth. A Corte Estadual decidiu em favor da produtora e da distribuidora do filme, entendendo que o boicote violava o art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual ‘quem causar danos intencionais a outrem e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano’, e determinou a sua cessação, tendo o réu sido proibido de manifestar-se a respeito do filme. Lüth não conformado com a decisão, recorreu ao Tribunal Constitucional Federal, invocando o direito de liberdade de expressão. Afinal, na sua ótica, proibir qualquer comentário a respeito de um assunto violaria frontalmente o seu direito de manifestação do pensamento, garantido pela Lei Fundamental alemã. Aceitando os argumentos de Lüth, o TCF decidiu que o boicote era legítimo, já que constituía um exercício lícito do direito à liberdade de expressão. O Tribunal entendeu que cláusulas gerais do direito privado, como os ‘bons costumes’, referidos no artigo do Código Civil alemão antes citado, deveriam ser interpretadas à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando-se em consideração os direitos fundamentais, o que não teria sido observado pela Corte de Hamburgo.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 372). Sobre o caso Lüth, Cardoso (2009, p. 205-208) assim se manifesta: “Alexy não é o criador da regra da proporcionalidade. Foi o Tribunal Constitucional alemão que a desenvolveu a partir do julgamento de processos paradigmáticos – como o sempre mencionado caso Lüth, um clássico de ponderação – estabelecendo seus elementos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) aplicado em uma ordem má-definida, funcionando como indicadores de medida e de controle da decisão judicial e de atos legislativos e administrativos.”

particulares³¹² não interessa ao direito fundamental à probidade administrativa, ao menos com as características aqui estudadas, considerando-se que, ali, as partes envolvidas estão em um mesmo plano de horizontalidade.

Quanto à “limitação dos conteúdos possíveis do direito comum”, referenda-se o valor da Constituição Federal como marco normativo. De mesma forma, “a especificação do tipo de determinação material determinada pela Constituição” garante a esta a condição de matriz ideológica e normativa do plano jurídico-legal de sua sociedade. No mais, “a abertura do sistema jurídico perante a moral” dá-se pela (rea)aproximação da ciência jurídica, ciência social que é, com a moral³¹³, não apenas no sentido filosófico, como no sentido normativo (vide, a propósito, a inclusão da moralidade como um dos princípios da administração pública).

A síntese que merece reflexão é a de Bertoncini (2012, p. 40, grifou-se):

Não há dúvida de que a linguagem e a ideologia da Constituição merecem e devem ser consideradas pelo intérprete das normas constitucionais que tratam da probidade no Estado brasileiro e das leis infraconstitucionais que regulam a matéria, em especial a Lei 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa (LIA), de forma a ser compreender esse conjunto normativo em seus reais contextos

³¹² Consigne-se que Dimoulis e Martins (2011, p. 70) defendem a tese de que “[...] não há direitos fundamentais cujos destinatários passivos exclusivos sejam particulares (e não o Estado).” Novelino (2011, p. 393) acrescenta, contudo, que “Nos termos desta concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a *autonomia da vontade*.” Inclusive, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem aceitando a tese da eficácia horizontal, aplicando direitos fundamentais às relações privadas. Lenza (2008, p. 594) cita como precedentes: o RE 160.222-8 (revista íntima), o RE 158.215-4 (exclusão de associado), o RE 161.243-6 (discriminação de empregado) e o HC 12.547/STJ (prisão civil em caso de alienação fiduciária). Fernandes (2011, p. 264 e 265) noticia alguns destes exemplos e acrescenta outro: o RE 201.819.

³¹³ Santos, F. (2010, p. 189) ensina que “O sistema jurídico, em função de normas de direito fundamental, como dignidade, liberdade e igualdade, é aberto perante a moral, de modo que a sua exatidão e a ponderação entre eles conduzem a problemas de justiça. Em consequência, a irradiação em todos os âmbitos do sistema jurídico dos direitos fundamentais inclui uma propagação da ideia de justiça em todos os setores do direito, exigida pelo próprio direito positivo.”

lingüístico, sistêmico e funcional, do que certamente emergirá a preservação da força normativa da Constituição.

Assim, a título de exemplo, se uma lei visa limitar a configuração do ato ímprobo aos atos de enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA), afastando a sua incidência quanto aos atos que causam prejuízo ao Erário (art. 10 da LIA), tal lei é manifestamente inconstitucional, exatamente porque agride frontalmente ao direito fundamental à probidade administrativa. Isto porque, a limitação do ato ímprobo ao art. 9º da LIA é artifício (no caso, legislativo) claramente incompatível com o modelo proposto pela Constituição Federal, que prestigia, e exige, não só a honestidade funcional (em sentido estrito)³¹⁴, mas também, e tão importante quanto, a eficiência.

Exemplo concreto³¹⁵ disto viu-se na Lei nº 10.628/02, que alterava a redação do art. 84 do Código de Processo Penal. A noticiada lei tinha a seguinte redação:

Art. 1º O art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:
 "Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.
 § 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.
 § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º."

³¹⁴ Ou "[...] DESONESTIDADES FUNCIONAIS NÃO CORRUPITAS [...]" (OSÓRIO, 2007, p. 33).

³¹⁵ Vejamos, a propósito, o entendimento de Martins (2013, p. 194), que enumera alguns exemplos concretos das investidas contra a probidade na administração pública: "Há, por vezes, tentativas levadas para dentro das cortes judiciais brasileiras buscando a inaplicabilidade deste importante instrumento de concretização sociológica do direito fundamental ao patrimônio público e à moralidade administrativa. Exemplos de tais tentativas são históricas (fixação de foro por prerrogativa de função ou isenção de agentes políticos ante a existência de crime de responsabilidade concomitante)."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Tencionava-se, assim, especificar “A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente [...]”, que prevaleceria “[...] ainda que o inquérito ou a ação judicial [...]” fossem “[...] iniciados após a cessação do exercício da função pública.” A prerrogativa visaria proteger não o cargo, mas o seu ocupante. Além disto, determinava-se que “A ação de improbidade [...]” seria “[...] proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública [...]”

Tais iniciativas, contudo, eram claramente inconstitucionais, exatamente porque, entre outros argumentos, desafiavam o direito fundamental à probidade administrativa, uma vez que, de forma contrária ao sistema proposto pelo texto constitucional, criavam embaraços quanto à legitimidade ativa e quanto ao órgão julgador nos casos que envolvesse improbidade administrativa.

Sobre o tema, Santos, R. (2012) assim se manifestou:

Assim, seriam inconstitucionais tanto a tentativa de ressuscitar o foro por prerrogativa de função em relação aos atos de improbidade administrativa, pois em desacordo com o art. 30 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, quanto a interpretação que exclui os agentes políticos do alcance da LIA, já que em dissonância com o art. 1º da Convenção da OEA e com o art. 2º, *a*, da Convenção da ONU.

A CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) ingressou com uma Adin no Supremo Tribunal Federal (Adin nº 2.797) e, em 15 de setembro de 2005, “O TRIBUNAL, POR MAIORIA, JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº

10.628, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2002, QUE ACRESCEU OS §§ 1º E 2º AO ARTIGO 84 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, VENCIDOS OS SENHORES MINISTROS EROS GRAU, GILMAR MENDES E A PRESIDENTE”³¹⁶.

A medida provisória nº 2.088-35, de 27/12/00, por sua vez, pretendia alterar as Leis nºs 6.368/76, 8.112/90, 8.429/92 e 9.525/97. O art. 3º da noticiada medida provisória modificava o art. 11 da LIA, que passava a ter o inc. VIII: “[...] instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente [...]”

No mais, alterava o art. 17 da LIA, que passava a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 17. [...]

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do indiciado, para oferecer resposta por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º O juiz rejeitará a ação, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do réu, da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da ação.

§ 9º Recebida a ação, será o réu citado para apresentar contestação.

§ 10. O réu poderá, em reconvenção, no prazo da contestação, ou em ação autônoma, suscitar a improbidade do agente público proponente da ação configurada nos termos do art. 11, incisos I e VIII, desta Lei, para a aplicação das penalidades cabíveis.

§ 11. Quando a imputação for manifestamente improcedente, o juiz ou o tribunal condenará nos mesmos autos, a pedido do réu, o agente público proponente da ação a pagar-lhe multa não superior ao valor de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

³¹⁶ Sobre esta iniciativa, assim anotou Bertoncini (2007, p. 43): “Complementando a reação, foi editada a Lei 10.628, de 24.12.2002, que estendeu a prerrogativa de foro em matéria criminal para ex-autoridades e também para as ações de improbidade administrativa, de modo a autorizar um tratamento diferenciado às elites detentoras do poder da República, retirando dos promotores e juízes de primeira instância a possibilidade de investigar, processar e julgar tais pessoas e autoridades. Essa nova lei, no entanto, foi impugnada por ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp -, medida essa julgada procedente pelo STF, em razão de vício formal.”

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1º, do Código de Processo Penal." (NR)

Observe-se que, no caso do art. 11 da LIA, incluía-se o inc. VIII: “[...] instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente [...]” O inciso em comento tinha a clara intenção de penalizar e intimidar os agentes encarregados das investigações criminais e civis, principalmente o Ministério Público.

No caso do art. 17 da LIA, incluíam-se incisos com, de mesma forma, o propósito claramente intimidativo. Observe-se que, no § 10, previa-se que o réu poderia, em reconvenção, no prazo da contestação, ou em ação autônoma, suscitar a improbidade do agente público proponente da ação configurada nos termos do art. 11, incisos I e VIII, da LIA, para a aplicação das penalidades cabíveis. Havia a nítida intenção de desestimular os membros do Ministério Público a, no exercício de suas funções, demandarem contra agente públicos eventualmente ímprobos. O § 11 encerrava o teatro nababesco determinando que quando a imputação fosse manifestamente improcedente, o juiz ou o tribunal condenaria nos mesmos autos, a pedido do réu, o agente público proponente da ação a pagar-lhe multa não superior ao valor de R\$ 151.000,00.

Todas essas iniciativas, com o claro propósito de penalizar e intimidar autoridades encarregadas da investigação de atos criminosos e ímprobos³¹⁷, eram nitidamente

³¹⁷ Bertoncini (2007, p. 42) comentou tal iniciativa: “Com efeito, as alterações ultimamente introduzidas na Lei 8.429/92 serviriam apenas para reduzir sua eficácia, ao invés do desejável aperfeiçoamento do mencionado diploma normativo. A MP 2.088-35, de 27.12.2000, não mais em vigor, impôs consistentes retrocessos à Lei 8.429/92, inserindo em seu art. 11 o inc. VIII, para atingir os investigadores e autores das medidas judiciais contra a corrupção, além de implantar ser novos parágrafos no art. 17 (§§ 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12), de modo a inibir vigorosamente o processo judicial destinado a combater atos de corrupção, criando o legislador solitário o juízo de prelibação e a reconvenção contra a pessoa do agente público autor da medida judicial, visando imputar-lhe a improbidade do inc. VIII mencionado, além de multa não superior a R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta mil reais).”

inconstitucionais, exatamente porque desafiavam à sistemática idealizada pelo texto constitucional em relação à proibidade administrativa. E é necessário relembrar que “O Poder Legislativo ordinário tem de respeitar os direitos fundamentais quando age ao produzir qualquer restrição a um direito fundamental.” (SILVA, P., 2010, p. 40). No mais, como se sabe, a eficácia dos direitos fundamentais não é apenas direta, mas também por irradiação (efeito irradiador), considerando-se a necessidade de intervenção legislativa (eficácia horizontal indireta). Assim, Dimoulis e Martins (2011, p. 106) ensinam que “[...] os direitos fundamentais desenvolvem um ‘efeito de irradiação’ (Ausstrahlungswirkung) sobre a legislação comum.”

Enfim, o reconhecimento do direito fundamental à proibidade administrativa acaba provocando, entre outras relevantes consequências, a vinculação legislativa aos parâmetros traçados pelo texto constitucional.

No mais, é válido anotar que o legislador também é guiado pelos direitos fundamentais não só no sentido de se limitar ao conteúdo deles, mas também na obrigação de lhes dar efetividade. Assim, “[...] o dever de editar normas de concretização dos direitos fundamentais carentes de regulação não pode ser confundido nem afastado pela tão reverenciada liberdade de conformação do legislador.” (CUNHA JÚNIOR, 2010b, p. 602).

4.3 O condicionamento da atuação da administração pública: a questão do compromisso constitucional

No âmbito da administração pública, do Poder Executivo, e, de mesmo modo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, guardando-se as peculiaridades, obviamente, o direito fundamental à proibidade administrativa também serve como referencial normativo, exatamente porque “[...] a vinculação primeira e mais importante da Administração Pública

diz respeito aos direitos fundamentais [...]”, nas palavras de Binbenojm (2007, p. 767). Assim, cabe aos agentes públicos, quaisquer que sejam, exerçam a função que exerçam, limitar a sua atuação pelos parâmetros da honestidade, eficiência e lealdade funcionais; enfim, baseados no compromisso constitucional de probidade, uma vez que “A vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais também é teoricamente pacífica.” (SILVA, P., 2010, p. 41). Em outras palavras, “O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direito a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário.” (BARROSO, 2013a, p. 223).

Assim, o direito fundamental à probidade administra condiciona a atuação de toda a administração pública, de forma que toda a atividade administrativa deve pautar-se pelo compromisso constitucional de servir com honestidade, eficiência e lealdade. Em outras palavras, “[...] a ação de governo e a atuação administrativa hão de orientar-se pelos parâmetros e vetores constitucionais [...]” (MUNÔZ, 2012, p. 15)³¹⁸. E é exatamente por isto que o agente público³¹⁹ baseia sua atividade funcional não só pela honestidade, como também pela lealdade à sua instituição e pela eficiência. Observe-se que a LIA tipifica os atos ímprobos em três artigos diversos: art. 9º (“Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito”), art. 10 (Dos Atos de Improbidade Administrativa que

³¹⁸ Analisando a Constituição espanhola, Muñoz (2012, p. 15 e 16) faz a seguinte observação: “Nesse sentido, há que pensar na operatividade do artigo 9.2 da Constituição espanhola, bem como no artigo 10.1, no artigo 24, no artigo 31 e no art. 103.1, a partir de um ponto de vista geral. Sob uma perspectiva mais setorial, conforme as políticas públicas sobre as quais trabalharemos, havemos de buscar apoio nos princípios reitores da política social e econômica, princípios que, segundo o artigo 53.3 da Constituição Espanhola, ‘informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos’.”

³¹⁹ O art. 1º da LIA assim dispõe: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.” O art. 2º da mesma lei complementa: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

Causam Prejuízo ao Erário) e art. 11 (“Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”). Esta divisão, longe de ser fortuita, como visto, visa justamente adequar a legislação ordinária ao parâmetro constitucional fincado em um direito, como visto, de natureza fundamental: o direito fundamental à probidade administrativa.

Assim, uma característica marcante do direito fundamental à probidade administrativa, dentro do ambiente do direito fundamental à boa gestão pública, de onde também se extrai, é exatamente vincular a administração pública, torná-la refém dos compromissos constitucionais, de suas regras e de seus princípios, uma vez que “[...] a Administração Pública em seu sentido mais amplo [...] está estritamente vinculada à observância dos direitos fundamentais [...]” (FERNANDES, 2011, p. 249). A administração pública é, por assim dizer, vinculada, pautada, condicionada aos ditames estabelecidos pelo próprio texto constitucional, que lhe reservou um capítulo inteiro e vários dispositivos esparsos, salientando-se que, nas palavras de Silva, P. (2010, p. 38), uma das características dos direitos fundamentais é exatamente a “[...] vinculação dos poderes estatais a eles.” Assim, há um condicionamento da administração pública, baseado no compromisso constitucional que lhe foi dirigido, mesmo porque “O *direito fundamental à boa administração pública vincula*, e a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar suas atribuições.” (FREITAS, 2009, p. 43).

No caso do art. 9º, tipificam-se os atos ímprobos que causam enriquecimento ilícito (desonestidade funcional em sentido estrito). Os atos do art. 10 tratam, também, dos casos de ineficiência administrativa, exatamente como determina o art. 37 da Constituição Federal de 1988. E os casos do art. 11 enfrentam os atos ímprobos que atentam contra os princípios da administração pública.

A LIA, neste caso, ao tipificar³²⁰ os atos considerados ímprobos, acaba por condicionar, ainda que negativamente, a administração pública. Observe-se que o legislador ordinário, seguindo os parâmetros traçados no próprio texto constitucional, disciplinou, em via de mão dupla, o que não deve ser feito pelos agentes públicos. Trata-se, enfim, de explícita limitação ao agir administrativo, na medida em que se modulam os tipos funcionais capazes de configurar os atos ímprobos.

No caso da Constituição Federal, este condicionamento também é explícito. O art. 14, § 9º, diz que “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa [...]” O recado foi dado à administração pública, em especial a aqueles que exercem, ou querem exercer, funções públicas eletivas: a proteção à probidade administrativa é ordem constitucional.

No âmbito dos direitos políticos, o art. 15 do texto constitucional determina que “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, § 4º.” Em suma, o descompasso com a probidade administrativa gera, ou pode gerar, medidas drásticas, como a cassação de direitos políticos. Neste sentido, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal estabelece exatamente que “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 [...]” Assim, as reprimendas legais aos que descumprirem os parâmetros estabelecidos na legislação constitucional e na legislação ordinária são, no dizer do próprio texto constitucional, “[...] suspensão dos direitos

³²⁰ “Um ato ímprobo é, por definição, típico. O tipo expressa o modelo de conduta proibida.” (OSÓRIO, 2007, p. 291). Bertocini (2007, p. 158 e 159), por sua vez, assim se posiciona: “Fazendo um breve parêntese, é importante frisar que a expressão tipo, ora empregada, não é privativa do direito penal, pertencendo à teoria geral do direito e querendo significar determinado padrão ou modelo. Como diz Francisco de Assis Toledo, o termo tipo 'é utilizado em todas as áreas do conhecimento para separar e agrupar em classes objetos particulares que apresentem algo de comum'.”

políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário [...]”

No mais, evidenciando-se a importância da probidade administrativa no âmbito da administração pública, o art. 85 da Constituição Federal tipifica como crime de responsabilidade “[...] os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V - a probidade na administração; [...]”

Além disso, o art. 37 do texto constitucional condiciona a atuação da administração pública aos parâmetros principiológicos ali estabelecidos: “[...] aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” E, consigne-se, a ofensa a tais princípios, como visto, configuram, ou podem configurar, especificamente, atos de improbidade administrativa (art. 11 da LIA).

Enfim, não há dúvidas de que o direito fundamental à probidade administrativa serve, também, para condicionar toda a atividade administrativa, na medida em que o agente público que não se adequar aos parâmetros normativos acabará respondendo por isto, inclusive com a possibilidade de perda da função pública³²¹. O certo é que a leitura da probidade a partir de uma visão jusfundamental tem também a importância de “[...] *revalorizar o papel do probo, eficiente e eficaz agente público, notadamente da Carreira de Estado.*” (FREITAS, 2009, p. 15), até porque há, no dizer de Garcia e Alves (2008, p. 22), uma “[...] relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo.”

³²¹ O art. 12 da LIA, que se reporta às sanções, assim dispõe: “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: I - na hipótese do art. 9º, [...] perda da função pública [...]; II - na hipótese do art. 10, [...] perda da função pública [...]; III - na hipótese do art. 11, [...] perda da função pública [...]”

4.4 A impossibilidade de interpretações reducionistas e a compatibilidade normativa: a interpretação conforme o direito fundamental à probidade administrativa. A atuação do intérprete-juiz: repercussão da nova hermenêutica constitucional

O direito fundamental à probidade administrativa tem ainda uma outra repercussão extremamente relevante. Ele impossibilita as interpretações reducionistas, que visem a dar ao tema (direito fundamental à probidade administrativa) um dimensionamento incompatível com o texto constitucional, uma vez que “Com o desenvolvimento histórico, coube ao Judiciário a tarefa de controle dos atos dos demais Poderes Públicos a fim de fiscalizar se os mesmos estão em consonância com as normas constitucionais.” (FERNANDES, 2011, p. 249). Vale dizer, ao tratar a probidade administrativa como um direito (formalmente e materialmente) fundamental, a Constituição Federal de 1988 deixou evidenciada a sua escolha política, de dotar a administração pública de contornos bem definidos: honestidade, eficiência e lealdade funcionais.

Bertoncini (2007, p. 141) se debruçou sobre o tema:

A ideologia constitucional de probidade na Administração Pública é também finalidade que vincula a todos, o que há de ser revelada em qualquer concepção e respectivo conceito de ato de improbidade administrativa, que realmente tenha o compromisso de expressar a linguagem constitucional, prisma pela qual o jurista deve proceder à interpretação dessa categoria, adensando ao seu termo esse princípio e esse compromisso finalístico e pragmático, contra a cultura de improbidade, e em respeito à força normativa da Constituição [...]

Em suma, a interpretação do direito (fundamental) à probidade administrativa deve ser feita com o “[...] compromisso finalístico e pragmático [...]” do texto constitucional³²².

Assim, há, verdadeiramente, uma interpretação conforme o direito fundamental à probidade administrativa, de modo que toda a atividade interpretativa fica condicionada e delimitada aos parâmetros traçados pelo legislador constitucional. Neste contexto, cabe ao intérprete, na produção das normas que serão aplicadas ao caso concreto, pautar-se pela fundamentalidade do direito à probidade administrativa, de sorte que as interpretações reducionistas sejam imediatamente afastadas. Vale, sempre, a lição de Grau, de que “O juiz não produz normas livremente.” (2002, p. 46), e, neste caso, a produção da norma, como visto, é condicionada à existência de um direito fundamental, que é o da probidade administrativa.

Dimoulis e Martins (2011, p. 119) falam em uma “[...] interpretação conforme os direitos fundamentais (*grundrechtskonforme Auslegung*).” Assim, “Quando o aplicador do direito está diante de várias interpretações possíveis de uma norma infraconstitucional, deve escolher aquela que melhor se coadune às prescrições dos direitos fundamentais.” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 119). No mesmo sentido, Marmelstein (2011, p. 366): “A dimensão objetiva ocasiona a necessidade de se buscar a interpretação conforme os direitos fundamentais.”

É de se observar, mais uma vez, que “[...] a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos,

³²² O compromisso constitucional foi estudado ainda mais por Bertonecchini (2007, p. 142): “Sem o compromisso com a vontade da Constituição, presta o jurista com sua retórica um desserviço à comunidade, mantendo incólume e segura – porque não revelada – a ideologia dominante em parcela significativa dos círculos de poder, representada pela histórica, constante, volumosa e lesiva corrupção administrativa, contribuindo, assim, inconscientemente, por meio da dogmática jurídica descompromissada, para a socialização, homogeneização e perpetuação da setorial cultura de improbidade, cujos ilegítimos valores contrastam com a linguagem e a ideologia universalmente acolhidas e tornadas norma pela Constituição de 1988.”

valores e escolhas.” (BARROSO, 2010, p. 341). E, no caso vertente, a escolha do legislador constituinte foi clara pelo valor probidade no âmbito da administração pública. Há casos, vale lembrar, que o intérprete necessitará exercer a sua atividade interpretativa, considerando-se que o Direito é alográfico, “[...] porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador.” (GRAU, 2002, p. 20). E, sendo assim, caberá ao intérprete, como mencionado anteriormente, produzir a norma levando em consideração que o direito posto guindou à condição de direito fundamental a probidade na administração pública.

Quanto e principalmente ao intérprete-juiz, esta limitação interpretativa, ou direcionamento constitucional, é mais relevante ainda, pois é este intérprete que irá julgar a controvérsia que lhe foi apresentada, com base no Direito posto³²³. Assim, há também quanto ao Poder Judiciário uma relevantíssima repercussão quanto ao fato de ser a probidade administrativa um direito fundamental, uma vez que os seus agentes, os magistrados, na produção da norma, de mesmo modo, e com maior razão ainda, dos outros operadores do Direito, limitarão a sua atividade de interpretação com base da fundamentalidade deste Direito posto.

Viu-se, anteriormente, que o juiz constitucional superou o mecanicismo do juiz “boca da lei”, na busca pela norma adequada. Aliás, a busca por esta norma adequada talvez seja o grande desafio do operador do Direito na modernidade, considerando-se todos os padrões de comunicação e integração que hoje experimentam, delimitados pelo necessário rigor científico reclamado pelo Direito.

Segundo Silva, P. (2010, p. 42), “A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais significa a proteção total a esses direitos, pois esse poder é a última instância de possibilidade de sua defesa.” Desta afirmativa, há dois trechos especialmente relevantes: a)

³²³ Veja que “[...] uma norma de direito fundamental vincula diretamente a função legislativa, judicial e administrativa quanto à dimensão de defesa, ou quanto à sua necessária observância como guia de interpretação de outras normas jurídicas.” (BITENCOURT NETO, 2012, p. 165).

“[...] proteção total a esses direitos [...]”, por parte do Poder Judiciário; b) a característica deste Poder como “[...] última instância de possibilidade de sua defesa.” O ilustre doutrinador se baseia no art. 5º, inc. XXV da Constituição Federal³²⁴, e ressalta o papel do intérprete-juiz na “[...] proteção total [...]” dos direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental à probidade administrativa. E este papel é especialmente relevante para o cidadão, diante da característica do Poder Judiciário de ser a “[...] última instância de possibilidade de sua defesa.”

No mais, válidas são as considerações de Martins (2013, p. 326):

O juiz, ao exercer a função de dizer o direito, deve adotar postura condigna não somente com a norma positiva. Sobretudo, cabe a ele a obrigação de sentir os acontecimentos sociais e com isso aplicar a lei ao fato concreto. Contudo, deve sempre valer-se da hermenêutica constitucional, mediante proteção aos direitos fundamentais e à cláusula de dignidade de pessoa humana e estreita observância dos princípios constitucionais.

Um caso concreto que merece reflexão se deu com a Reclamação nº 2.138, que tramitou no Supremo Tribunal Federal (STF). Nesta, pretendia-se excluir a responsabilidade pela eventual prática de atos de improbidade administrativa dos agentes políticos, sob o argumento de que eles, os agentes políticos, tinham um regime próprio de responsabilização. Contudo, esta diferenciação contrariava o art. 2º da LIA³²⁵, que não faz esta distinção, e o próprio texto constitucional, que tanto em seu preâmbulo³²⁶ quanto em seu art. 5º³²⁷ elevam à

³²⁴ “[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”

³²⁵ “Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

³²⁶ “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

categoria de direito constitucional (fundamental) a igualdade de todos perante a lei. Enfim, “[...] teses como essa nada mais são que a busca do ‘escapismo’ e fuga do dever de probidade.” (MARTINS, 2013, p. 206).

Enfim, no âmbito de um direito fundamental à probidade administrativa, amolda-se a impossibilidade de interpretações reducionistas³²⁸. Em outras palavras, exige-se uma interpretação conforme o direito fundamental à probidade administrativa, fazendo valer a vontade do legislador constitucional³²⁹, salientando-se que “[...] o Direito por excelência é o veiculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação.” (BRITTO, 2010, p. 21).

4.5 A necessária releitura do parâmetro jurisprudencial: o REsp nº 213994/MG e a incompreensão do tema. A negligência, a imprudência e a imperícia administrativas como atos ofensivos a direitos (fundamentais)

internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

³²⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

³²⁸ No mesmo sentido, Marmelstein (2011, p. 21): “Ao mesmo tempo, reconhecer que os direitos fundamentais possuem uma importância axiológica capaz de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico implica reconhecer que esses direitos representam um ‘sistema de valores’ com força suficiente para afetar a interpretação de qualquer norma jurídica (dimensão objetiva e princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais).”

³²⁹ “Interpretações que reduzam o alcance das disposições normativas da Constituição e da Lei 8.429/92, como ocorreu no julgamento pelo STF da Reclamação 2138, excluindo da responsabilidade por ato de improbidade administrativa a categoria dos agentes políticos, contrariam não apenas a Lei, em seu art. 2º, mas, em especial, a Constituição de 1988, numa interpretação retrospectiva das disposições citadas no início desse trabalho, que não excluem dessa nova forma de responsabilidade dos agentes públicos os agentes políticos, que, a par da responsabilidade política a que estão sujeitos, por meio do *impeachment*, também respondem por improbidade administrativa, modalidades de responsabilidade que se complementam.” (BERTONCINI, 2012, p. 40).

A compreensão da probidade administrativa como um direito fundamental repercute, como visto, na atividade interpretativa do operador do Direito, em especial do intérprete-juiz. Um exemplo disto é o trato e a atenção que devem ser dispensados a determinado parâmetro jurisprudencial fartamente utilizado em decisões judiciais, mas que tangencia a questão central do debate: a necessária vinculação, pelo intérprete, da fundamentalidade (formal e material) do direito à probidade administrativa. Assim, não cabe ao intérprete, no exercício da gestão da norma, distanciar-se da dimensão dada pelo legislador constitucional a determinado direito, no caso, o direito à probidade administrativa.

Tal parâmetro jurisprudencial³³⁰ é o REsp n° 213994/MG, de relatoria do eminente Min. Garcia Vieira, datado de 17/08/1999. Diz a ementa:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Recurso improvido.

Verifica-se que a decisão parte do entendimento de que havendo simples “[...] inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92.” Contudo, tal interpretação é absolutamente incompatível com a fundamentalidade do direito posto em debate, pois reduz sobremaneira o campo de abrangência da LIA. O parâmetro jurisprudencial, no caso, reduz a LIA aos casos de enriquecimento ilícito (art. 9º) e de atos de que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Fica praticamente esvaziado, contudo, o art. 10, que trata dos atos que causam prejuízo ao Erário.

³³⁰ Tal tema foi tratado especificamente por Oliveira (2012, p. 103-135), repetindo-se aqui boa parte dos argumentos visualizados lá.

A decisão em tela afirma que “A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.”, como se a LIA não tratasse, especificamente, da inabilidade administrativa³³¹ como uma vertente na ineficiência funcional. Observe-se que a improbidade administrativa, na forma como foi desenhada na LIA, e com os contornos estabelecidos no próprio texto constitucional, divide-se em três atos, como visto: “Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito” (art. 9º), “Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário” (art. 10) e “Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública” (art. 11). No caso dos atos delimitados no art. 10 (atos que causam prejuízo ao Erário), admite-se expressamente a forma culposa³³². Vale dizer, há casos em que a configuração do ato ímprobo acontecerá por imprudência, negligência ou imperícia do autor. Em outras palavras, há casos em que se configura o ato ímprobo pela inabilidade do autor.

Consigne-se que este disciplinamento levado a efeito pela LIA segue à risca o contido na Constituição Federal, que, como visto, em seu art. 37, determina que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]” obedeça “[...] aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” Vale dizer, é determinação constitucional que a administração pública³³³ se pautе, entre outros, pelo princípio da eficiência. Assim, não é compatível com o modelo constitucional traçado pelo legislador a purificação de atos eventualmente praticados com (grave) inabilidade administrativa, quando o próprio texto constitucional exige a

³³¹ É válida a ponderação de Osório (2007, p. 112), no sentido de que “Uma das fundamentais virtudes do homem público é a prudência, o bom julgamento, a preparação adequada para o exercício das funções, a cautela, o respeito para com as obrigações de não causar danos a terceiros em nome do Estado.”

³³² “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: [...]”

³³³ Observe-se que o art. 37 da Constituição Federal insere-se no capítulo VII, destinado à administração pública.

observância, entre outros, ao princípio da eficiência³³⁴. Convenhamos, o serviço público não é lugar para aventureiros.

Saliente-se que a LIA não se conteve em tipificar os atos ímprobos que importem em enriquecimento ilícito. Se assim fosse, bastaria a previsão do art. 9º da LIA. Houve, a bem da verdade, expressa tipificação de atos ímprobos que causam prejuízo ao Erário e podem decorrer de condutas culposas, como as enumeradas no art. 10.

A questão, no mais, é de compreensão sistêmica da própria configuração do ato ímprobo. O que se tem, e se sabe, é que as anomalias funcionais não são exclusivamente oriundas de atividades desonestas³³⁵, que importem em enriquecimento ilícito de agente, como visto. As condutas desonestas, não raro, aperfeiçoam-se e se multiplicam em locais pautados pela desorganização administrativa, negligência funcional etc. O fenômeno da improbidade, tanto no campo empírico quanto no campo legal, não se encerra, deste modo, com a prática de atos baseados apenas na desonestidade funcional (estrita). O fenômeno da improbidade, repita-se, encorpa-se e se amolda não só em ambientes administrativamente desonestos, mas também em ambientes marcados pela ineficiência administrativa. Desta forma, há uma verdadeira simbiose entre todos os atos formalmente tipificados como ímprobos.

Nesse contexto, a doutrina de Osório (2007, p. 81):

³³⁴ “Deve ser objeto de novas reflexões o entendimento de que ‘a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto’, máxime quando se constata a inclusão do princípio da eficiência no rol constante do art. 37, *caput*, da Constituição. Incompetência e eficiência veiculam premissas conceituais que se excluem, não sendo suscetíveis de coexistir harmonicamente como vetores da atividade estatal.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 49).

³³⁵ É de se ver que “Toda improbidade traduz deslealdade institucional, mas nem toda improbidade será fruto de desonestidade.” (OSÓRIO, 2007, p. 145).

Observamos, uma vez mais, tendência aparentemente global: a aproximação dos fenômenos das desonestidades às ineficiências funcionais dos agentes públicos. Já se percebeu que muitas desonestidades guardam conexões profundas com a desorganização ou a ineficiência generalizada.

No mais, a dualidade existente entre ambientes funcionais ineficientes e desonestos é demonstrada pela visão em sentido contrário. Assim sendo, a administração pública pretendida pelo texto constitucional poderia ser inábil, ineficiente, incompetente, imperita, negligente, desde que honesta? E a resposta é negativa porque, a bem da verdade, a administração pública traçada pela Constituição Federal foi uma administração não só honesta (em seu sentido estrito), mas também comprometida com os postulados da eficiência.

Vale lembrar, como fez Bertoncini (2007, p. 64), “A assertiva de que 'a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto', merece ser revista.” Bastava, assim, o confronto do parâmetro jurisprudencial com o art. 37 da Constituição Federal, que eleva a eficiência administrativa à condição de princípio da administração pública, para ficar bem clara a sua incoerência e insustentabilidade. No mais, como repisado, não se concebe uma administração pública marcada pelas pechas da incompetência³³⁶, negligência ou imperícia³³⁷ e, ao mesmo tempo, eficiente. Se deve ser eficiente, com maior razão também deve ser competente, diligente e perita. Assim sendo, “Suma perfeita: a **proibidade administrativa** está umbilicalmente ligada não só à **gestão honesta**, mas também à **gestão**

³³⁶ Nesse exato sentido, Osório (2007, p. 141): “A deslealdade institucional resta aberta tanto às condutas dolosas quanto às culposas. (...) Nas atitudes dolosas, o agente trai o dever de lealdade institucional, incorrendo em uma vulneração de normas de moral administrativa. Nas atitudes culposas, o agente trai, de igual modo, a lealdade institucional, que lhe exige prudência e cuidado no trato de interesse que não lhe pertencem, porque o setor público, dentro de certos limites, não tolera a incompetência administrativa e esta é uma modalidade de deslealdade.”

³³⁷ Bertoncini (2007, p. 173) assim se manifesta: “Nos casos em que se admite a culpa (art. 10), não se exigirá a desonestidade, conquanto seja obrigatória a deslealdade, decorrente da negligência, da imprudência ou da imperícia, produtoras do resultado 'prejuízo ao erário'.”

eficaz.” (OLIVEIRA, 2012, p. 114). Vale dizer, “[...] *as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes.*” (FREITAS, 2009, p. 23).

Neste sentido, Tourinho (2005, p. 127):

Com efeito, ímprobo 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 lhe são confiados. Seria, também, aquele que demonstra ineficiência intolerável para o exercício de suas funções.

Assim, evidencia-se que a honestidade e a eficiência são os pilares da probidade, indissociáveis, complementares. No mais, “Devemos atentar a uma relevante motivação na teoria argumentativa: a probidade, ao indicar a honra, fala de honestidade e eficiência funcional, porque ambas revelam atributos de boa fama e reputação dos homens públicos.” (OSÓRIO, 2007, p. 113).

Enfim, como sintetizou Decomain (2007, p. 109):

A ação descuidada, marcada pelo desinteresse daquilo que pertence à Administração Pública, é que configura a improbidade. E esse pouco caso pela coisa pública insere-se também no terreno da desonestidade. Não com a marca do propósito de produzir desfalque patrimonial (como acontece em relação aos outros incisos), mas pelo menos com a marca da incúria no exercício da função, produzindo com isso o dano que, houvesse o agente atuado como deveria, realizado o esforço que o cargo lhe impunha para a preservação do patrimônio público, não teria tido lugar.

Assim sendo, como dito, tão nocivo quanto o agente público desonesto é o agente público ineficiente e o desleal.

4.6 A questão do tipo culposo no âmbito de um direito fundamental: adequação constitucional. A gradação da culpa, a falibilidade humana e erro juridicamente tolerável

Viu-se que o parâmetro jurisprudencial (REsp nº 213994/MG) não se amolda às delimitações do direito fundamental à probidade administrativa. No fundo, limita-o às condutas (estritamente) desonestas, quando o texto constitucional e a legislação de regência (LIA) não fazem esta limitação, e, muito pelo contrário, tratam, ainda, de condutas ineficientes, que, como visto, são tão nocivas à administração pública quanto às que causam enriquecimento ilícito.

Contudo, não é qualquer conduta culposa que configura um ato de improbidade administrativa. Se não se pode imunizar a negligência, a incompetência e a imperícia, como se elas pudessem conviver impunemente no âmbito da administração pública, também não se pode transformá-las, ato contínuo, em atos ímprobos, sem a devida investigação do fato e do tipo correspondente.

Nesse contexto, de mesma forma que não se pode afastar a incidência da LIA aos tipos culposos do art. 10, por manifesta falta de correspondência com o texto constitucional, no âmbito de um direito fundamental, deve-se atentar também, e não com menos importância, para a questão de configuração do tipo culposo e sua necessária adequação constitucional. Vale dizer, se, por um lado, a inabilidade administrativa repercute para a configuração do ato ímprobo, por outro, faz-se necessário equalizar os parâmetros teóricos de tal repercussão.

No caso da LIA, especial atenção merece o art. 10, que tem a seguinte redação:

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: [...]

Observa-se, imediatamente, que o tipo funcional refere-se a qualquer ação ou omissão, de forma que não só a prática de terminados atos é punível, como, de resto, a omissão diante de determinados fatos também merece reprimenda legal. No mais, o artigo fala em qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa, deixando clara a opção do legislador pela configuração do ato ímprobo também em casos de condutas culposas. E, ao final, o artigo une tal ação ou omissão, dolosa ou culposa ao correspondente fático: que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da LIA.

O *caput* do artigo deixa claro que esse tipo funcional se ocupa com ações ou omissões dolosas, mas também com aquelas culposas. Ou seja, aquelas que se pautem pela negligência, incompetência ou imperícia. E tal tipificação é, como visto, decorrência lógica da fundamentalidade do direito posto em debate, qual seja, o direito fundamental à probidade administrativa. Tratando-se de um direito fundamental, que serve de legitimador do ordenamento jurídico, vinculando inclusive a atividade legislativa, condicionando, no mais, a atuação da administração pública, impossibilitando, ainda, as interpretações reducionistas, não se poderia conceber a tolerância com ações ou omissões culposas, frutos de inabilidade administrativa causada por negligência, incompetência ou imperícia.

A discricionariedade administrativa deve transitar, assim, em terreno marcado pelo zelo, pelo cuidado, pela prudência. O agente público, mesmo diante de atividades que não são vinculadas – e também em relação a estas -, nunca tem um campo de ação sem demarcações, pois atua em qualquer circunstância com o zelo, o cuidado e a prudência que dele se espera, sempre se pautando pela eficiência (art. 37 da Constituição Federal) e pela eficácia (art. 74 da Constituição Federal). Neste contexto, vale a orientação de Freitas (2009, p. 32), de que

“Toda discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos da prudência, incompatíveis com os grilhões da irreflexão.”

Um agente público negligente, por exemplo, pode “[...] 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 [...]” (inc. I do art. 10 da LIA). De mesmo modo, um agente público incompetente e descuidado pode “[...] realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea [...]” (inc. VI) ou “[...] conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie [...]” (inc. VII).

Anote-se, por exemplo, que o inc. X do artigo em comento tipifica a conduta do agente público que “[...] agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público [...]”. Consigne-se: negligentemente. No caso do inc. XI, tipifica-se a conduta do agente público que “[...] liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular [...]”.

Enfim, a LIA não tolera o comportamento do agente público descuidado, descompromissado, sem zelo pela coisa pública, negligente, imperito, incompetente. De sorte que, também a inabilidade administrativa, que tenha como pressuposto comportamental uma atividade culposa, pode configurar um ato ímprobo.

Contudo, não obstante tal constatação, e muito embora o *caput* do art. 10 da LIA se limite a falar em “culpa”, sem lhe fazer qualquer adicional quanto à sua eventual gradação (leve, grave etc)³³⁸, esta deve ser auferida, não só em homenagem à proporcionalidade³³⁹ e à

³³⁸ Há inúmeros posicionamentos nesse sentido. Garcia e Alves (2008, p. 269 e 270): “O art. 10 da Lei n. 8.429/1992 não distingue entre os denominados graus de culpa. Assim, qualquer que seja leve, grave ou gravíssima, tal será, em princípio, desinfluyente à configuração da tipologia legal. Situando-se a essência da culpa

razoabilidade que dialogam com todo o ordenamento jurídico, mas também pelo reconhecimento da necessidade de estabelecimento de parâmetros teóricos e práticos³⁴⁰, considerando-se a existência de uma margem aceitável de falibilidade humana e a existência do denominado erro juridicamente tolerável.

Nesse contexto, pela absoluta pertinência com o direito posto em debate (direito fundamental à probidade administrativa) e com sua relevância sistêmica, possível e necessário afirmar-se que existe incompatibilidade entre o regime de tipificações e punições da LIA e a configuração de atos culposos, sem a investigação do fato concreto, a fim de se verificar se estamos diante de uma ação ou omissão levemente ou gravemente culposa. A gradação, neste caso, visa à devida separação entre as condutas culposas que se pretendeu, no âmbito legislativo, afastar e punir e aquelas que fazem parte do cotidiano das pessoas, inclusive dos agentes públicos³⁴¹, envolvidos, diariamente, entre escolhas administrativas e políticas que,

na previsibilidade do efeito danoso, neste elemento haverá de residir o critério de valoração dos graus de culpa.” Contudo, posteriormente, deixam consignada a importância de aferição do grau da culpa: “Tratando-se de culpa leve, em muitas situações será possível identificar uma correlação entre a reduzida previsibilidade do evento danoso e o descumprimento dos deveres do cargo em índices por demais insignificantes, o que, em alguns casos, poderá afastar a própria incidência da tipologia legal. Esse aspecto do elemento subjetivo será especialmente relevante no enquadramento legal da inabilidade funcional ou do erro profissional, permitindo verificar, a partir dos padrões subjacentes à estrutura administrativa (informatização da estrutura administrativa, grau de qualificação dos profissionais etc.), em que medida o agente público se afastou da juridicidade, bem como se comportamento diverso exigiria a presença de grau da previsibilidade em muito superior àquela que estava apta a oferecer. Em outras palavras: a conduta era escusável ou inescusável? No que concerne à culpa grave, sua presença haverá de influir na fixação da dosimetria da sanção a ser aplicada ao agente, já que maior é a reprovabilidade da conduta.”

³³⁹ “Proporcionalidade, além da idéia de equilíbrio inerente à sua etimologia, é princípio de defesa da ordem jurídica, restringindo o arbítrio e preservando a legitimação da normatização estatal.” (GARCIA e ALVES, 2008, p. 95).

³⁴⁰ Fazzio Júnior (2003, p. 116), assim leciona: “Por outro lado, no terreno da própria culpa em sentido estrito, aos diversos graus de culpa deverá corresponder a diversidade quantitativa das sanções, levando-se sempre em conta as condições culturais do prefeito, as circunstâncias da prática culposa e o montante da lesão. É o que deflui da produtiva aplicação do art. 12, parágrafo único, que não deve ficar relegado à interpretação literal solitária.”

³⁴¹ “O que se tem como claro é que o agente público tem em seu favor uma margem (tolerável) de erro (erro profissional), uma vez que é compreensível que adote, por exemplo, posições políticas e/ou administrativas sobre determinado assunto que se relevem, posteriormente, prejudiciais à Administração Pública, sem que se possa falar, necessariamente, em atividade (gravemente) culposa. Contudo, não pretende a lei, obviamente,

muitas vezes, revelam-se, no futuro, equivocadas. Busca-se a “[...] mínima eficiência funcional, numa perspectiva de evitar intoleráveis lesões materiais aos cofres públicos.” (OSÓRIO, 2007, p. 256 e 257).

Assim sendo, podemos dizer, em síntese, valendo-se das lições de OSÓRIO (2007, p. 66):

Falar que um agente obrou ineficientemente num determinado momento, sem um olhar aprofundado sobre o seu agir e seus resultados, pode significar pouco. Temos que avaliar se foi respeitada a margem humana da falibilidade funcional, dentro daquilo que se pode designar como erro juridicamente tolerável. Isso porque ao sujeito é de ser outorgado um certo espaço tolerável de ineficiência, se considerarmos esse termo vinculado à idéia de metas e resultados.

Neste contexto, a configuração do ato ímprobo culposo reclama a existência de culpa grave, estabelecida a partir de parâmetros convencionais, levando-se em consideração todas as circunstâncias fáticas do caso concreto. A culpa exigível para configuração do ato ímprobo³⁴² é aquela que desafia qualquer senso comum, o erro manifestamente grosseiro, indesculpável, fruto de manifestações funcionais que desafiam os mais elementares deveres objetivos de cuidados, exigíveis a todos os servidores, em especial a aqueles que cuidam da coisa pública.

patrocinar uma infame carta branca a agentes públicos que se revelem intoleravelmente desidiosos no cumprimento de suas (importantíssimas) obrigações.” (OLIVEIRA, 2012, p. 113). Osório (2007, p. 127), defende que “Atua com falta de probidade o agente gravemente desonesto ou intoleravelmente incompetente, incapaz de administrar a coisa pública ou de exercer suas competências funcionais. A valoração da ilicitude inerente ao ato de uma falta de probidade administrativa é o elemento fundamental no processo de reconhecimento do dever.”

³⁴² Osório (2007, p. 294 e 295) propõe a seguinte definição para culpa grave: “Há que se ter em conta a valoração jurídico-administrativa da culpa. Há muitos graus de negligência. Já o direito romano tratava a culpa em diversas modalidades. É certo que a culpa grave é uma categoria superior, que traduz a violação grosseira ou especialmente intensa dos deveres objetivos de cuidado. A culpa grave resulta da alta violação dos deveres objetivos de cuidado. Não tratamos, com efeito, de uma falta de observância qualquer dos deveres de uma boa administração, mas de enganos grosseiros, da culpa manifesta e graduada em degraus mais elevados, à luz da racionalidade que se espera dos agentes públicos e de padrões objetivos de cuidado.”

Anote-se, em tempo, que quanto às condutas derivadas de culpa leve, não haverá, necessariamente, impunidade, considerando-se o fato de que, não raramente, serão condutas absolutamente impuníveis, atípicas, ou, em sendo o caso, a reprimenda seria outra que não a estabelecida na LIA, podendo-se apelar, por exemplo, para a via correicional, pois “Poderá haver deslealdade funcional que mereça resposta apenas no direito disciplinar, ou noutras vertentes do direito administrativo sancionador.” (OSÓRIO, 2007, p. 143).

Enfim, se por um lado a adoção da modalidade de ato de improbidade administrativa culposa é corolário sistêmico do direito fundamental posto em debate (direito fundamental à probidade administrativa), exigência, a título de exemplo, de uma administração pública que se pauta pela eficiência (art. 37 da Constituição Federal) e pela eficácia (art. 74 do texto constitucional), por outro lado, não se pode admitir que qualquer tipo de conduta culposa (negligência, imperícia ou incompetência), por mais leve que seja, configure o ato ímprobo. Como visto, diante da falibilidade humana, inclusive a funcional, é natural que existam equívocos funcionais toleráveis (erro juridicamente toletável), desculpáveis, e que por isto mesmo estão longe de configurar ato de improbidade administrativa.

4.7 A qualificação de cláusula pétrea do direito fundamental à probidade administrativa (art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal)

O art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal tem a seguinte redação:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

Assim, de acordo com o artigo em comento, “[...] Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.” Em suma, tratando-se de direitos e garantias individuais, não será possível a sua modificação nem mesmo através de emenda constitucional. Consagrou-se, desta forma, que os direitos e garantias individuais são verdadeiras cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional.

No mais, haveria de se questionar, neste contexto, quais seriam estes direitos e garantias individuais a que alude o art. 60 do texto constitucional. Observe-se que o título II da Constituição Federal se reporta aos “Direitos e Garantias Fundamentais”. A seguir, no capítulo I, fala em “DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS”. Fazendo uma interpretação mais restritiva, poder-se-ia entender que tais direitos individuais são aqueles apenas constantes no art. 5º do texto constitucional, pois o vocábulo “individuais” aparece apenas no capítulo I e não no título II. E nos setenta e oito incisos do art. 5º não há menção expressa à proibição administrativa³⁴³.

Não obstante, o art. 5º do texto constitucional não se encerra nestes incisos, nele havendo ainda quatro parágrafos. E o segundo (§ 2º) assim estabelece, como visto anteriormente: “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.”

³⁴³ Brandão (2008, p. 462) faz um resumo do debate: “Há forte controvérsia doutrinária a respeito da interpretação da expressão ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, § 4º, IV). A partir de uma interpretação literal do citado dispositivo, poderiam ser considerados cláusulas intangíveis todos os direitos arrolados nos incisos do art. 5º, e nenhum outro, tendo em vista veicularem, na forma do capítulo I do Título I, da Constituição de 1988, o rol dos direitos e garantias individuais eleito pelo constituinte, não cabendo aos poderes constituídos, a pretexto de interpretarem o precitado dispositivo, irem de encontro à decisão previamente tomada pelo titular da soberania. Milita contra esta interpretação de caráter literal uma série de argumentos.”

Vimos, anteriormente, que a probidade administrativa é também direito fundamental, além de sua fundamentalidade formal e material, porque decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.³⁴⁴ Desta forma, o direito fundamental à probidade administrativa também se insere no capítulo I, do título II, da Constituição Federal, mais especificamente no § 2º do art. 5º, sendo, portanto, parte integrante dos direitos e garantias individuais reclamados no art. 60, § 4º.

Não só. Piovesan (2012, p. 89), ao se referir às cláusulas pétreas, deixa consignado que elas aludem aos primeiros capítulos do texto constitucional (e não só ao art. 5º):

Constata-se, assim, uma nova topografia constitucional: o Texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais.

Novelino (2011, p. 91), por sua vez, entende que “Os direitos e garantias individuais, apesar de consagrados de forma sistemática no art. 5º, não se restringem aos elencados neste dispositivo, encontrando-se espalhados por toda a Constituição.”

Assim sendo, é possível dizer, ainda, que o direito fundamental à probidade administrativa é verdadeira cláusula pétrea.

³⁴⁴ Santos (2012) assim se manifesta: “Discorrendo sobre o campo dos direitos implícitos e/ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, Ingo Sarlet (2008, p. 102) cita alguns exemplos da doutrina, dentre eles, mais recentemente, o ‘direito à boa administração pública’. As posições enquadradas nessa categoria de direitos se revestem da mesma força jurídica dos direitos fundamentais do catálogo expresso da Constituição, constituindo direito imediatamente aplicável (art. 5º, § 1º, da CF) e passando a integrar o rol das “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF) (SARLET, 2008, p. 156).”

Nesse contexto, as cláusulas pétreas não se resumem, assim, aos direitos e garantias enumerados no art. 5º do texto constitucional. Brandão (2008, p. 461), por exemplo, defende que são protegidas como cláusulas pétreas “[...] as liberdades fundamentais ligadas direta ou indiretamente à regularidade do processo democrático, o mínimo existencial, os direitos políticos e à nacionalidade, e os direitos difusos e coletivos.”

Anote-se, em tempo, a posição de Cunha Júnior (2010b, p. 251):

[...] apesar do art. 60, § 4º referir-se a direitos e garantias *individuais*, é inegável que a proteção alcança *todos* os direitos e garantias fundamentais, incluindo os de natureza coletiva e difusa e os direitos sociais, em razão da concepção hoje predominante da *unidade e indivisibilidade* dos direitos e garantias.

Contudo, vale anotar o posicionamento de Ferreira Filho (2007):

Assim, à condição de inabolibilidade não fazem jus direitos apenas formalmente fundamentais, direitos comuns que, em razão das circunstâncias, ou, eventualmente, do arbítrio do legislador constituinte, foram alçados à dignidade de fundamentais. A “cláusula pétrea” não os protege, podendo eles ser eliminados (evidentemente por Emenda), e, a fortiori, ter o seu regime mudado (evidentemente por Emenda). A justificativa disto é simples. A inabolibilidade é exceção e as exceções interpretam-se restritivamente.

Assim, na visão do ilustre doutrinador, entre outros, “[...] à condição de inabolibilidade não fazem jus direitos apenas formalmente fundamentais, direitos comuns que, em razão das circunstâncias, ou, eventualmente, do arbítrio do legislador constituinte [...]”, como, a título de exemplo, o direito à obtenção de certidões (art. 5º, inc. XXXIV, b). De tal forma que,

apenas merecem a proteção da cláusula pétrea, os direitos não apenas formalmente constitucionais, mas também materialmente constitucionais³⁴⁵.

Dimoulis e Martins (2011, p. 51) defendem que “[...] é protegida pela cláusula do art. 60, § 4º, IV da CF tão somente uma parcela dos direitos fundamentais que, *grosso modo*, corresponde aos direitos de resistência que podem ser exercidos individualmente.” Contudo, também de acordo com a doutrina em tela, não há empecilho para a categorização do direito fundamental à probidade administrativa como cláusula pétrea³⁴⁶.

De qualquer sorte, no caso da probidade administrativa, como se viu, trata-se de direito formalmente e materialmente constitucionais, valendo-se, assim, da qualificação de cláusula pétrea.

³⁴⁵ Anote-se que parte da doutrina defende uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas: “Ademais, para não agravar ainda mais o apontado déficit de democracia intergerencial presente na Constituição, é preciso no adotar interpretação muito extensiva das cláusulas pétreas, sob pena de cancelar-se um total engessamento da ordem jurídica, que retiraria do povo a única alternativa institucional que lhe sobrou para, sem traumas e rompimentos, decidir seus próprios caminhos, libertando-se de amarras por vezes indevidas impostas no passado.” (SARMENTO, 2007, p. 133).

³⁴⁶ Brandão (2008, p. 463 e 464) faz a seguinte conclusão sobre o tema: “Todavia, parece-nos correta a doutrina majoritária ao salientar que o constituinte de 1988 conferiu o *status* de cláusulas pétreas aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira ‘dimensão’, sejam eles direitos de defesa ou prestacionais. Isto porque o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), bem como na sua proteção reforçada quanto a ação erosiva do constituinte reformador (art. 60, § 4º, IV), caracteriza-se pela unicidade. Com efeito, de uma leitura sistêmica da Constituição de 1988 não se verifica hierarquia jurídica ou mesmo axiológica entre direitos de defesa e prestacionais, ou de direitos de uma dimensão em prejuízo das demais.”

Considerações finais

O presente trabalho se propôs a demonstrar que o direito à probidade administrativa é efetivamente um direito fundamental.

Contudo, para se alcançar tal entendimento e para se esboçar as importantíssimas consequências teóricas e práticas advindas do reconhecimento da fundamentalidade do direito à probidade administrativa, foi necessário redesenhar, ainda que de forma breve e superficial, o caminho traçado pelas correntes filosóficas, a partir do jusnaturalismo, passando pelo positivismo e findando com a ascensão pós-positivista. A partir daí, redesenhou-se uma ordem constitucional de valores e se formatou a teoria dos direitos fundamentais. Neste contexto, a partir da verificação da importância dos valores no âmbito das discussões políticas que antecedem as escolhas legais e constitucionais, alcançou-se o cenário atual de normatividade dos princípios. Deste modo, ganhou dimensão o juiz constitucional em lugar do juiz “boca da lei”, na busca pela norma adequada.

O presente trabalho ainda visitou a questão dos paradigmas constitucionais e sua relevância metodológica, na busca pelo conhecimento e pela integridade do sistema jurídico. Sistema este, confesse-se, marcado por uma importante dimensão axiológica. Tais considerações são válidas uma vez que a inserção dos princípios na atividade normativa fomentou o subjetivismo jurídico, que deve ser afastado através de mecanismos de controle, como, a título de exemplo, a fundamentação normativa, a bem, exatamente, da integridade do sistema jurídico.

Após, a partir da formatação de uma teoria dos direitos fundamentais, com todas as suas especificidades metodológicas, foi possível delimitar a formatação, também, de uma teoria geral da probidade administrativa, no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, o enfrentamento da dimensão e da ideologia constitucionais do direito à probidade

administrativa, bem como do compromisso ético e do compromisso social dele advindos, torna-se medida de valia para a teorização do tema.

Dentro do mesmo contexto, o presente trabalho ocupou-se em discutir, ainda, o *nomen juris* (improbidade administrativa) e suas implicações negativas, além do enfrentamento quanto à tipificação do ato ímprobo e suas nuances metodológicas: a improbidade formal, a improbidade material e o elemento subjetivo. Neste sentido, apresentou-se, assim, uma proposta no sentido de dividir os atos ímprobos em três grandes grupos (desonestidade funcional estrita, ineficiência funcional danosa e deslealdade funcional), a fim de emprestar ainda mais notabilidade teórica ao tema.

A formatação da probidade administrativa como um direito fundamental, ao seu modo, dá-se sob vários enfoques, em especial sob o prisma da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material, não havendo dúvidas de que estamos diante de um valor escolhido pelo legislador constituinte para integrar o sistema constitucional brasileiro. A fundamentalidade formal, no caso, decorre, como visto, do fato de que o direito à probidade administrativa encontra-se expressamente previsto no título II da Constituição Federal, e sua fundamentalidade material decorre de sua efetiva e direta ligação com a dignidade da pessoa humana.

Não só. O direito à probidade administrativa é considerado fundamental, ainda, considerando o teor do art. 5º, § 2º da Constituição Federal (complementariedade condicionada e cláusula de abertura), na medida em que decorre do regime e de princípios constitucionais, além de tratados internacionais em que o Brasil faz parte. No mais, há uma correlação do direito à probidade administrativa como instrumento de limitação do poder estatal e como função garantidora dos objetivos fundamentais da República e da cidadania, além de sua efetiva vinculação com a questão do mínimo existencial. Não bastasse, a probidade administrativa é, ainda, parte integrante do princípio da boa gestão pública,

formatado a partir de contribuição do Direito europeu.

Assim, a partir da construção teórica do direito à probidade administrativa como um direito fundamental, várias e importantíssimas repercussões jurídico-legais foram apresentadas e estudadas. De início, tem-se que o direito fundamental à probidade administrativa repercute diretamente no regular funcionamento dos poderes constituídos, na medida em que vincula o legislativo em sua atividade legiferante, condiciona a atuação da administração pública e serve de vetor normativo à atividade do intérprete-juiz.

Além dessas contribuições, tem-se que, considerando-se a fundamentalidade do direito em debate (direito à probidade administrativa), é necessária a releitura do parâmetro jurisprudencial (REsp nº 213994/MG), enfrentando-se a negligência, a imprudência e a imperícia administrativas como atos ofensivos a direitos (fundamentais) e se enfrentando, ainda, a questão do tipo culposo no âmbito de um direito fundamental, com a necessária investigação da graduação da culpa, da falibilidade humana e do erro juridicamente tolerável.

No mais, outra repercussão do direito fundamental à probidade administrativa, não menos importante, é a sua qualificação como cláusula pétrea, com base no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal.

Enfim, o objetivo do presente trabalho é evidenciar que o direito à probidade administrativa é um direito fundamental e que esta constatação repercute diretamente na atividade dos poderes constituídos, trazendo inúmeras, importantíssimas e positivas repercussões na vida dos juristas e dos cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

----- **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

----- **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

----- **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

----- Direito fundamental à probidade administrativa. *In* OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Coord). **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao prof. J. J. Calmon de Passos**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012;

BINENBOJM, Gustavo. Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 743-780;

----- **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014;

BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da administração pública ao mínimo existencial. *In* NETTO, Luisa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). **Direito administrativo e direitos fundamentais**: diálogos necessários. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 153-174;

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 451-483;

BRASIL, STF, ADI 2.797, Rel. para o acórdão Min. Ayres Britto, julgamento em 16/05/2012, Tribunal Pleno, DJ de 28/02/2013;

BRASIL, STF, ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, Tribunal Pleno, DJ de 14/10/2011;

BRASIL, STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 345. Brasília, 26 a 30 de abril de 2004;

BRASIL, STF, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, Tribunal Pleno, DJ de 06/08/2010;

BRASIL, STF, Reclamação 2.138, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13/06/2007, Tribunal Pleno, DJ de 18/04/2008;

BRASIL, STJ, REsp n° 213994/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, julgamento em 17/08/1999, Tribunal Pleno, DJ de 27/09/1999;

BRASIL. **Constituição Federal**, de 24.02.1891. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas;

BRASIL. **Constituição Federal**, de 16.07.1934. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas;

BRASIL. **Constituição Federal**, de 10.11.1937. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas;

BRASIL. **Constituição Federal**, de 18.09.1946. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas;

BRASIL. **Constituição Federal**, de 24.01.1967. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas;

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05.10.88. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas;

BRASIL, Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de processo penal);

BRASIL, Decreto-Lei n 5.452, de 1 de maio de 1943;

BRASIL, Lei n° 3.164, de 1 de junho de 1957;

BRASIL, Lei n° 3.502, de 21 de dezembro de 1958;

BRASIL, Decreto-Lei n° 201, de 27 de fevereiro de 1967;

BRASIL, Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de processo civil);

BRASIL, Lei n° 8.429, de 02 de junho de 1992;

BRASIL, Lei n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993;

BRASIL, Lei n° 8.730, de 10 de novembro de 1993;

BRASIL, Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001;

BRASIL, Lei n° 10.628, de 24 de dezembro de 2002;

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003;

----- **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010;

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1941;

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

----- **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009;

CARVALHO NETTO, Manelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Método, 2011;

CORREIA, Sérvulo. Controlo judicial da administração e responsabilidade democrática da Administração. *In* NETTO, Luisa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). **Direito administrativo e direitos fundamentais**: diálogos necessários. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 299-315;

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamento da república e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008;

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade** – teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2010;

----- **Curso de direito constitucional**. 4ª ed., rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm,, 2010;

----- **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2006;

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009;

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007;

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**: Comentários, artigo por artigo, da Lei n.º 8.429/92 e do DL 201/67. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003;

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

----- Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 82, p. 01-08, dez./jan. 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_82/Artigos/PDF/ManoelGoncalves_rev82.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2013;

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o Direito fundamental à boa Administração Pública. A sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos. Os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão. A era da motivação administrativa. A responsabilidade do Estado dor ações e omissões. A releitura de institutos à luz do direito à boa administração. Os princípios da prevenção e da precaução. O Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano. A valorização das Carreiras de Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Alves. **Improbidade administrativa**. 4ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008;

GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno. A vinculação imediata das autoridades públicas aos direitos fundamentais e os direitos coletivos dos servidores públicos “estatutários” no Brasil: o exemplo do direito de greve: algum paradoxo ou necessidade de reflexão?. *In* NETTO, Luisa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). **Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 19-49;

GOMES, Laurentino. **1808: comum uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007;

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002;

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1053-1082;

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006;

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 279-312;

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008;

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011;

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 5ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011;

MENDES, Gilmar Ferreira; **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004;

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Aspectos materiais e processuais do direito fundamental à alimentação. *In* SOUZA NETTO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1083-1121;

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade administrativa**. Legislação comentada artigo por artigo. Doutrina, legislação e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2009;

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Procedimentalização e participação: imposições jusfundamentais à atividade administrativa. *In* NETTO, Luisa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETTO, Eurico (Coord.). **Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 215-247;

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2011;

OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa. *In* OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Coord.). **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao prof. J. J. Calmon de Passos**. Salvador: JusPodivm, 2012;

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa. Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga; BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. **Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade.** Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=522. Acesso em: 07/04/2012;

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais:** uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

PESSOA, Flávia Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho.** Salvador: JusPodivm, 2009;

----- **Manual de metodologia do trabalho científico:** como fazer uma pesquisa de direito comparado. Aracaju: Evocati, 2009;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012;

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010;

Revista Veja, edição nº 2291, de 17 de outubro de 2012, p. 20;

Revista Veja, edição nº 2339, de 18 de setembro de 2013, p. 20 e 21;

ROCHA, Mauro Sergio. O controle procedimental das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Constituição, democracia e justiça:** aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito fundamentais: retórica e historicidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010;

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos fundamentais e democracia: o debate Habermas – Alexy**. Curitiba: Juruá, 2010;

SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. **Revista de doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html. Acesso em: 31 jan. 2013;

SANTOS NETO, João Antunes. **O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113-148;

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 251-269;

SILVA, Clarissa Sampaio. Códigos de ética da Administração Pública: deveres, infrações e sanções. Um regime disciplinar à parte?. *In* NETTO, Luisa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). **Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 129-151;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010;

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais** – conteúdo, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010;

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender o direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012;

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012;

----- Direito fundamental à educação. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 771-788;

TEIXEIRA, Antônio Braz. **Breve tratado da razão jurídica**. Sintra-Portugal: Zefiro, 2012;

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade administrativa**: ação de improbidade & controle principiológico, 1^a ed. Curitiba: Juruá, 2005;

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;

----- O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-339;

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.