ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LACUNA AXIOLÓGICA DO ARTIGO 20 DA LEI 8.429/1992

CONSTITUTIONAL PROTECTION TO THE ADMINISTRATIVE MORALITY PRINCIPLE AND THE AXIOLOGICAL GAP IN LAW 8.429/92

Bruno Lacerda Bezerra Fernandes*

RESUMO: Trata o presente artigo da análise da existência de lacuna axiológica na Lei 8.429/92, no que se refere à proibição deficiente ao princípio da moralidade administrativa, quando confere extraordinariamente efeito suspensivo a todos os recursos interpostos contra julgados que reconhecem a prática de improbidade e implicam em perda do cargo público ocupado pelo agente desonesto. Para tanto, faz-se uma abordagem da estrutura sistêmica do direito, conformando-o como sistema aberto, composto por três subsistemas, hierarquicamente equivalentes, de modo que as soluções dadas pela aplicação do direito devem ser adequadas a todos eles, em aspecto normativo, ontológico e valorativo, sob pena de se estar diante de lacuna, obrigando o aplicador/intérprete a usar dos mecanismos de integração para adequar a solução dada pelo legislador no caso concreto, observando o valor objeto da proteção sistêmica.

Palavras-chave: Sistema jurídico. Lacuna. Princípios da administração pública. Lei de Improbidade. Moralidade.

ABSTRACT: The present essay presents an analysis of the existence of an axiological gap in Law 8.429/92 with regard to the inefficient prohibition of the constitutional principle of administrative morality, when it allows, exceptionally, suspensive effect to all the appeals filed to modify decisions that have acknowledged administrative misconduct, resulting in the loss of the public office held by the perpetrator. In order to achieve our goal, we approach the systematic structure of Law viewing it as an open system, composed of three hierarchically equivalent subsystems. Therefore, the solutions encountered by the application of the Law have to be suitable to all systems, in their normative, ontological and evaluative aspect. If not suitable it will emerge as a gap case,

* Doutorando em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direitos e garantias fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Juiz de Direito. São Paulo – São Paulo – Brasil.

demanding the interpreter to use the mechanisms of integration to adapt the solution presented by the legislator in a real matter, being aware of intended systemic protection value.

Keywords: Axiological gap. Principles of public administration. Administrative misconduct act. Morality. Legal System.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. SISTEMA JURÍDICO – UNIDADE E LACUNAS; 3. TRIDIMENSIONALISMO; 4. A LACUNA AXIOLÓGICA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, não se tem notícia de maiores discussões sobre a inconstitucionalidade de seus dispositivos além daqueles que a submetem determinados agentes políticos às suas regras e ao foro competente para o conhecimento e julgamento das lides advindas de sua aplicação.

Assim, as discussões sobre a validade material da Lei de Improbidade Administrativa se adstringiram a tentar limitar o campo de incidência de sua aplicação, mais que isso, isentar agentes políticos detentores de mandato eletivo do seu campo de incidência, não sendo conhecidos debates sobre eventual flacidez dos comandos normativos ali impressos no que se refere aos valores postos sob sua proteção.

O presente artigo tem a pretensão de lançar um olhar crítico sobre tal ponto, fazendo uma reflexão sobre a previsão contida no artigo 20 da aludida lei, especificamente no ponto em que prevê que a suspensão dos direitos políticos e a perda do cargo público – efeitos decorrentes da condenação pela prática de ato de improbidade administrativa – somente ocorre após o trânsito em julgado da referida decisão.

Para tanto, serão abordadas questões referentes à natureza aberta do sistema jurídico e sua incompletude, o inafastável caráter axiológico do Direito, as possibilidades de integração do sistema com base na proteção de valores, para, ao final, buscar concluir sobre a adequação do mencionado dispositivo legal, enquanto parte do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

2. SISTEMA JURÍDICO – UNIDADE E LACUNAS

A noção do caráter sistemático do Direito remonta a discussões na Grécia antiga, podendo ser encontrada no livro *A República*, de Aristóteles, abordagens filosóficas a este respeito, sendo a expressão grega *syn-istem* que refere ao composto ou ao construído, representando a totalidade construída, composta de várias partes, a semente para o significado que, agregado ao sentido específico de ordem, organização, passou a descrever e esclarecer a ideia de "totalidade bem ordenada" (FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 9).

Não tendo sido objeto de desenvolvimento pelo Direito Romano, o conceito de sistema jurídico volta a ganhar relevância no início do século XVII, com o pensamento jusnaturalista, como verdadeiro "método que visa à perfeição" e "suma de proposições verdadeiras", havendo inúmeras discussões a respeito de qual seria o modelo que melhor definiria o sistema: mecânico ou orgânico (FERRAZ JÚNIOR, 1976)

O período compreendido entre o início do século XVII e o período pré-Revolução Francesa foi marcado por intensa discussão a respeito das características do sistema jurídico, sempre com forte inspiração jusnaturalista, a partir dos estudos de Samuel Pufendorf – considerado um grande sintetizador dos grandes sistemas de sua época (DEL VECCHIO, 1979, p. 88) – a ideia de sistema passa a envolver todo o complexo do direito positivo, metodicamente coordenado ao direito natural.

Com a Revolução Francesa, no final do século XVIII, num período marcado pelo enfraquecimento da justiça e insegurança jurídica, em razão do arbítrio inconstante do poder da força, o positivismo jurídico tomou força, impulsionado pela necessidade de segurança da sociedade, ganhando relevância a exigência de uma sistematização do direito com a imposição aos juristas da valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos, redundando na criação da chamada Escola da Exegese cujo desenvolvimento caminhou para o chamado positivismo legal, com a autolimitação da ciência do direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da estatalidade do direito, influenciando vários estudos que dominaram o século XIX e foram responsáveis em tornar a ciência do direito "ora em dogmática jurídica ou em em ciência pura da norma, ora

em sociologia e psicologia da experiência jurídica." (FERRAZ JÚNIOR, 1976)

Com o crescimento da influência do juspositivismo, numa busca incessante pela sedimentação da segurança jurídica, sobretudo das decisões judiciais, ganha relevância a questão referente à completude ou acabamento do sistema e a existência, ou não, de vazios normativos, as chamadas lacunas. Trata-se de questão estruturante do sistema jurídico.

Diz Maria Helena Diniz (2002, p. 25) que "o que dá coesão ao sistema é sua estrutura", assim, o sistema será fechado quando a introdução de um novo elemento obriga a mudar as regras, ou seja, sua estrutura, e com isso há a necessidade de elaborar uma nova regra. Por outro lado, será aberto quando for possível encaixar um elemento novo sem a necessidade de modificar a sua estrutura. O sistema fechado é completo, vez que contém uma norma que regula todos os casos, sendo também retrospectivo, considerando que se refere a fatos que cincunscreveu. Já o sistema aberto é caracterizado pela admissão de sua incompletude, na medida em que se admite que haverá a necessidade de recepção de novas regras, sem alteração de sua estrutura, sempre que constatada a existência de vácuos. O sistema fechado é hermético, o aberto, poroso.

Vê-se, portanto, que tomado o direito enquanto sistema, a questão envolvendo a lacuna é de inevitável enfrentamento.

Utilizando-se, para a compreensão do sistema jurídico, o modelo teórico-analítico[1], tem-se a noção de que a ciência do direito realiza uma sistematização de normas para a obtenção de decisões possíveis, tendente a preocupar-se com a conexão das normas entre si, surgindo o problema da completude ou incompletude do ordenamento jurídico, que redunda na existência ou não de lacunas (DINIZ, 2002, p. 22-23).

1. "O modelo teórico é um esquema que se refere ao direito, ou melhor, às normas, às fontes jurídicas etc, que são objetos-modelos, consistindo em sistema de enunciados logicamente concatenados, impossíveis de configuração gráfica, sempre aproximativas e, portanto, cedo ou tarde, superáveis. Esse modelo será analítico se o cientista do direito encarar o problema de decibilidade dos conflitos sociais como uma relação hipotética entre conflitos e decisões, tendo por escopo a determinação de suas condições de adequação: as possibilidades de decisões para um possível conflito." (DINIZ, 2002, p. 22).

Dividem-se os autores entre os que afirmam que o sistema jurídico é formado por um todo orgânico, completo, suficiente para disciplinar todos os comportamentos humanos, não havendo que se falar em lacunas[2] e aqueles que admitem a existência de vácuos ou lacunas nos ordenamentos que, por mais amplos e minudentes que sejam, não conseguem prever todas as situações de fato que surgem no convívio social[3]. O sistema jurídico seria, assim, ou aberto ou fechado, sendo vasta a produção científica em ambos os sentidos, não sendo escopo do presente artigo esgotar ou, ainda, analisar com profundidade qualquer das posições, sendo imprescindível abordar, ainda que de forma tangencial, a linha filosófica a qual se adere, para fins de justificação teórica.

Neste ponto, impõe-se destacar que no presente estudo adota-se o entendimento segundo o qual o direito deve ser compreendido como uma realidade dinâmica, numa realidade "[...] em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural" (DINIZ, 2002, p. 72).

A análise da problemática adiante apontada, residente no artigo 20 da Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), precisa ser realizada com uma visão que considere tanto o universo sistêmico da estrutura normativa da República Federativa do Brasil, no que se refere aos valores por ela alçados à condição de fundamentais, quanto ao microcosmo da proteção aos princípios norteadores da Administração Pública, de forma dinâmica, atento às exigências de proteção eficaz a estes mesmos valores.

Assim, compartilha-se do entendimento segundo o qual deve o direito acompanhar as alterações das relações sociais, sempre dinâmicas, não podendo ficar imobilizado, engessado em um formalismo que não

2. Savigny, Karl Bergbohm, Briz, Santi Romano, Zielmann, Donatti e Kelsen, com fundamentos diversos, são exemplos de filósofos do direito que defendiam a inexistência de lacunas no ordenamento jurídico. (DINIZ, 2002).

3. Ernst Zitelmann, Emil Lask, Herbert Hart, Miguel Reale, José Joaquim Gomes Canotilho, Tércio Sampaio Ferraz Jr, Lourival Vilanova, Paulo Bonavides, dentre outros, são autores que adotam a compreensão de que o direito constitui-se como um sistema aberto e, por isso mesmo, passível de ser incompleto, ainda que por fundamentos jusfilosóficos diversos.

permita ser inspirado pelas mutações de valores inerentes à dinâmica das relações sociais.

Bradou Mário Moacyr Porto (2011) que "a lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música", o direito não pode ser entendido apenas como o direito positivado, por mais amplo e complexo que seja o sistema normativo de uma sociedade. O direito não se reduz à simplicidade de um único elemento – a lei – decorrendo daí a impossibilidade de se alcançar uma unidade sistemática que alcance o direito em sua completude. "O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo. Querer um sistema único é utopia" expõe, com lucidez, Maria Helena Diniz (2002, p.73).

Miguel Reale (2001, p. 289) diz que a lei é apenas instrumento de revelação do Direito, o mais técnico, o mais alto, mas apenas isto, um instrumento de trabalho e assim mesmo imperfeito, porquanto não prevê tudo que a existência oferece no seu desenvolvimento histórico. Assevera, deste modo que "[...] a lei tem lacunas, tem claros, mas o Direito interpretado como ordenamento da vida, este não pode ter lacunas, porque deverá ser encontrada, sempre, uma solução para cada conflito de interesses."

Para o referido filósofo, o fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização buscou o legislador garantir, por meio de sanções, da mesma forma que pode ser a lei voltada para impedir que ocorra um desvalor. Diz que os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas somente podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza do confronto das partes com o todo e vice-versa. São assim, pontos essenciais do que chama de hermenêutica estrutural: toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito; toda interpretação jurídica se dá numa estrutura de significações e não de forma isolada; e cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico (2001, p. 293).

É sob este prisma que se pretende realizar a análise da regra prevista no artigo 20 da Lei 8.429/1992, sem olvidar da disposição prevista no seu parágrafo único, no que se refere ao afastamento do agente ímprobo do exercício de cargo ou função pública para proteção da moralidade administrativa.

3. TRIDIMENSIONALISMO

Conforme exposto, entende o jusfilósofo paulista que a estrutura do direito seria formado por uma tríade de elementos, sendo eles valor, fato e norma. Tal compreensão do direito formado por três bases não é recente e possui a característica de buscar comprovar que, para além dos limites juspositivos, o direito não pode ser analisado apenas segundo um único padrão, olhando-se apenas o aspecto normativista.

O direito, para os filósofos que entendem ser mais acertada tal corrente, é caracterizado por uma unidade ou correlação essencial entre aspectos fáticos, valorativos e prescritivos, não tendo, todavia, tal relação sido claramente percebida de logo. Houve os que defenderam o chamado "tridimensionalismo genérico", onde a relação entre os aspectos fato – valor – norma deveria ser analisada de forma isolada, sendo papel do jurista apreciar somente o caráter prescritivo do direito (direito como norma), sendo papel do sociólogo o estudo do aspecto fático e ao cientista político o estudo do aspecto axiológico do direito[4].

Na teoria da Tridimensionalidade Jurídica de Miguel Reale (1968, p. 162), considerada como tridimensionalidade específica, o sistema do direito se compõe de subsistemas de normas, de valores e de fatos, em igualdade estrutural, correlacionados entre si, onde não há prevalência de nenhum deles sobre qualquer um dos outros, numa "estrutura normativa que ordena fatos, segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências".

Essa relação é muito bem expressa nas palavras de Machado Paupério (1977, p. 167): "[...] se a base da norma jurídica é o fato, não deixa de ser o fato axiologicamente dimensionado. Por ser o direito em essência ético, a norma é primacialmente teleológica e valorativa.". Segundo o referido autor, além dos aspectos formais de validade, é preciso que a norma possua valor, vale dizer, possuir validade material, através de seu conteúdo ético, próprio do domínio do "dever-ser e concretizado pelos critérios de justiça e de legitimidade."

4. Emil Lask, Gustav Radbruch e Julius Stone são exemplos de jusfilósofos defensores do tridimensionalismo genérico.

Na estrutura sistêmica elaborada por Miguel Reale, tem-se que o subsistema normativo é aberto, em constante relação com os outros subsistemas (fático e valorativo), sendo, ele próprio, parte de um sistema jurídico (DINIZ, 2002, p.74). Quando da aplicação do direito a um fato concreto, é fundamental correlacionar as normas entre si, bem como os subsistemas de valores a ele correspondente, não devendo ter o aplicador da lei (Judiciário) um critério puramente normativo; devendo dar lugar a uma compreensão dos sistemas normativos em relação ao fato e aos valores que os informam (DINIZ, 2002, p.79).

Deparando-se com a lacuna – quebra da isomorfia entre o fato, o valor e a norma – o juiz, ante o caráter dinâmico do direito, passa de um subsistema a outro até suprir a lacuna, por isso, afirma-se que o problema da lacuna é sempre provisório, devendo, todas as vezes que se tiver um caso de lacuna, o juiz agir de forma a avaliar o sentido do direito para atingir uma decisão justa.

A lacuna, assim, pode ser normativa (ausência de previsão normativa para regular determinada relação dialética entre fatos e valores), ontológica (ausência de fato objeto de regulamentação da norma estabelecida para proteção de determinado valor) ou axiológica (ausência de proteção ao valor objeto do regramento, ou proteção do desvalor diametralmente oposto ao critério axiológico que deveria ser protegido – norma injusta) (DINIZ, 2013, p. 123). Em situações de lacuna ontológica ou axiológica, especificamente, a integração do sistema jurídico não está sujeita à decisão arbitrária do Poder, mas à prudência objetiva exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas em que se encontram situados os respectivos destinatários. (DINIZ, 2013, p. 290).

A ocorrência de lacuna na Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, será demonstrada adiante.

4. A LACUNA AXIOLÓGICA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92

Segundo o disposto no art. 20 da Lei 8.429/92, as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos aplicadas ao agente ímprobo apenas se efetivam com o trânsito em julgado da sentença

condenatória. O parágrafo único do aludido artigo traz a possibilidade de afastamento cautelar do agente do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Em que pese não haver previsão expressa do prazo de duração deste afastamento cautelar, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que não pode ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias, estando fundamentada no risco à instrução processual (BRASIL, 2014).

Assim, ainda que presentes fortes e concretos indícios de que o agente praticou atos de improbidade, seu afastamento imediato do cargo somente pode ser determinado quando houver risco à instrução processual enquanto esta não estiver encerrada, ou pelo prazo máximo de 180 dias, o que ocorrer primeiro.

De tal modo, há a possibilidade de se determinar o afastamento de agente público do seu cargo ou função pública e, encerrada a instrução processual, julgada procedente a pretensão de reconhecimento da prática de ato de improbidade, voltar o agente declarado ímprobo ao exercício do cargo do qual foi afastado até que não haja mais recursos pendentes de apreciação, por força do contido no *caput* do artigo.

A incongruência na construção do procedimento previsto no aludido dispositivo é merecedora de todas as críticas na medida em que, em última análise, protege muito mais o procedimento (instrução processual) do que o valor (moralidade, honestidade) que busca salvaguardar por meio da atuação jurisdicional.

A má construção da solução normativa ofertada pelo legislador na redação do *caput* e parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.429/92 é evidente.

Referido dispositivo legal, ao estabelecer condicionamento para a fruição dos efeitos da sentença seu trânsito em julgado, confere extraordinário efeito suspensivo aos recursos eventualmente interpostos, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal[5].

5. A ação civil por improbidade administrativa, espécie de ação civil pública, em regra, não dota os recursos interpostos contra sentenças ou acórdãos de efeito suspensivo, conforme disposto no art. 14 da Lei 7.347/85.

Tal norma encontra-se destoante da proteção a valor destacado na Constituição Federal como merecedor de guarida pelo Estado.

Ora, a Constituição Federal brasileira prevê uma série de mecanismos jurídicos voltados à proteção da liberdade individual do cidadão e de uma plêiade de direitos fundamentais que impõe ao Estado não apenas uma postura de proibição de agir desrespeitando tais direitos, mas também a obrigação de agir, positivamente, protegendo outros tantos.

Tais mecanismos decorrem da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que estabelece dever de proteção do Estado aos valores fundamentais, agindo de modo a garantir que se tenha uma eficácia também horizontal de tais direitos, ou seja, em relação uns com os outros e não apenas em face do Estado.

Os direitos fundamentais comportam, no mínimo, uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais compreende estes direitos como pertencentes ao indivíduo, oponíveis contra o Estado, inicialmente entendido como o único potencial ofensor dos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 52). Calcados em tal dimensão os ideais liberais iluministas difundiram a noção de direitos fundamentais, a partir da Revolução Francesa de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade).

Complementando o reconhecimento da dimensão subjetiva, reconhece-se também a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que faz com que os direitos fundamentais sejam vistos como norte de todo o ordenamento jurídico, servindo como vetor de interpretação e como limites à legislação infraconstitucional que se entenda contrária à efetividade dos mesmos.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem por escopo a promoção da efetividade destes direitos, que são entendidos como os mais básicos e necessários para que o ser-humano viva e tenha condições de se desenvolver de maneira digna e que por isso, devem ser garantidos a todos.

O Estado tem o dever objetivo de conformar a organização, procedimento e processo de efetivação dos direitos fundamentais, de modo que o indivíduo pode exigir algo de outrem e este tenha o dever jurídico de satisfazer algo.

A necessidade, ou melhor, obrigação de atuação positiva do Estado com o escopo de garantir direitos fundamentais teve destaque com Konrad Hesse e seu entendimento de que a "Constituição jurídica" com força normativa e influência sobre a realidade social, juntamente com a "Constituição real" realizam uma relação de correlação, condicionando-se mutuamente, não dependendo, pura e simplesmente, uma da outra (HESSE, 1991, p. 15).

Diz Ingo Sarlet, que a relação entre eficácia e efetividade da constituição e o plano da concretização constitucional, está em que deve ser buscada uma "aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social." (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 225).

A construção teórica de Konrad Hesse é no sentido de que a Constituição pode impor tarefas, transformando-se em força ativa se tais tarefas forem efetivamente realizadas, ou se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, ou, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem.

O reconhecimento da dimensão objetiva é um fator de reforço de juridicidade e da efetividade dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 151), possuindo importantes desdobramentos, que alcançam o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de modo que os direitos fundamentais se constituem em impulsos e diretrizes para a criação, aplicação e interpretação do direito infraconstitucional; estritamente relacionada com a teoria dos deveres de proteção, segundo a qual cabe ao Estado a obrigação de zelar e promover permanentemente, inclusive de forma preventiva, os direitos fundamentais (AZEVEDO; SILVA, 2015, p. 51).

O fato é que os direitos fundamentais, além de expressarem *status negativus* contra as intervenções do Estado (dimensão subjetiva), também exprimem *status positivus* (dimensão objetiva) na medida em que expressam direitos a ações positivas por parte deste mesmo Estado.

Dentro da categoria desses direitos de *status positivus* estão aqueles que conferem ao indivíduo a exigência de determinada atuação do Estado,

no intuito de melhorar sua condição de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício de suas liberdades, incluindo aquelas referentes aos direitos de *status negativus*. Nessa perspectiva, é dever do intérprete e aplicador do direito atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode – e deve – servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, da força normativa da constituição. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 225).

Para que se justifique a atuação interventora do Estado voltada à promoção e garantia dos direitos fundamentais, sustenta-se que é inquestionável a necessidade dos cidadãos terem acesso a condições mínimas materiais para o efetivo gozo dos direitos fundamentais; depois, os indivíduos particularmente considerados, e não apenas o Estado, são ofensores potenciais dos direitos fundamentais de terceiros. Neste contexto, o comportamento que se exige por parte do Estado para a proteção de tais direitos deve suficiente "[...] tanto para dotar universalmente os cidadãos dos bens necessários ao gozo dos direitos fundamentais como para protegê-los das ameaças e agressões de seus direitos fundamentais por parte de particulares" (AZEVEDO; SILVA, 2015, p. 52).

É sobre o Estado-Legislador que pesa a maior carga de responsabilidade no desempenho do papel de garantidor das liberdades, uma vez que nas leis – por sua abstração e generalidade – é que se fixam os meios de cumprimento do dever de proteção, com a previsão das medidas "para garantir o exercício individual das liberdades e a consolidação da igualdade, sempre tomando por parâmetros os mandamentos constitucionais." (VAN DER BROOCKE, 2013, p. 13/36).

A atuação do Estado tem que ser de tal forma que seja suficiente para proteger o direito fundamental em referência e no limite suficiente para tanto, sem que interfira mais do que o necessário no patrimônio jurídico de cada cidadão para assegurar a proteção do valor jurídico buscado. A intervenção estatal deve ser proporcional à proteção ao direito fundamental.

Tais limitações devem ostentar legitimidade democrática, devem ser aceitas com base em um diálogo aberto e racional, de acordo com os trâmites institucionais estabelecidos e, principalmente, não podem ser

desprovidas de razão nem de fundamento moral, seja na sua extensão de alcance, seja na sua própria existência (HABERMAS, 2010, p. 52).

Os princípios constitucionais da Administração Pública são, dentro desta realidade, vetores de observância obrigatória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Funcionam como parâmetros de comportamento para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário balizarem, administrativamente, seus respectivos atos, estando o administrador público inexoravelmente ligado aos seus comandos.

Dentre eles, está o princípio da moralidade administrativa, pelo qual o administrador público deve exercer sua missão à luz da ética, razoabilidade, respeito ao próximo, justiça e, sobretudo, honestidade. Envolve além da moral comum a moral jurídica, que Maurice Hariou (1921, p. 424) define como sendo aquela extraída das regras de conduta do interior da Administração e não exclui o dever de ser honesto de todo e qualquer agente público, na medida em que é uma qualidade intrínseca do modo de proceder dos agentes públicos.

Segundo Uadi Bulos, "[...] o princípio da moralidade administrativa é a pauta mais importante dos Estados constitucionais que elegem a democracia como corolário fundamental da vida em sociedade." (2014, p. 1017). Trata-se de comando de observância obrigatória, pauta jurídica de conduta e possui alvo determinado: Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por outro lado, o Estado precisa encontrar o meio termo entre intervenção e abstenção, sendo que o critério para encontrar esse ponto de equilíbrio é a proporcionalidade entre a proibição do excesso e proibição da proteção deficiente (AZEVEDO; SILVA, 2015, p. 18).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já lançou mão do conceito de proibição de proteção deficiente no julgamento do RE nº 4183765/MS onde se decidiu pelo afastamento da regra de extinção de punibilidade pelo casamento da vítima com o agressor em crime contra a dignidade sexual, por ter a vítima apenas 9 (nove) anos de idade, tendo se entendido que, caso reconhecida a incidência da causa de extinção da punibilidade o bem jurídico tutelado pelo direito penal estaria desprotegido, o que seria incompatível com os mandamentos constitucionais e dever de proteção.

O conceito em tela vem sendo utilizado em julgados posteriores do pretório excelso, conforme se pode verificar do decidido na ADIn 3510, HC 104410/RS, HC 102087/MG, estando apto a alcançar direitos que, apesar de previstos na Constituição, não são considerados como fundamentais (FERRAJOLI, 2012).

Dentre tais direitos, ou valores, encontra-se, inegavelmente, a moralidade administrativa que aparece na Constituição Federal no art. 5º, LXXIII, como fundamento para ajuizamento de ação popular de ato a si lesivo; no art. 14, § 9º, como valor a ser protegido gerando inelegibilidade ao agente que a contrariar, e no art. 37, *caput*, enquanto princípio constitucional ao qual está submetida a administração pública direta e indireta.

Sendo passível de controle judicial, a violação por parte dos administradores públicos ao princípio da moralidade administrativa qualifica-se como ato de improbidade administrativa, sancionado, pela Constituição, com restrições políticas, administrativas e penais. Ao Judiciário cabe examinar, além da legalidade do ato administrativo, a sua conformação moral, inclusive quanto ao aspecto da probidade, dever de todo administrador público. Com a constatação da prática de atos de improbidade os administradores ficam sujeitos a suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei (art. 37, § 4º, CF).

A Lei 8.429/92 surgiu exatamente como instrumento de proteção ao princípio da moralidade administrativa – conceito vago previsto no texto constitucional – que aproxima, sem confundir, moral e direito. Assim, quando se causa prejuízo ao erário no exercício do cargo público, quando se enriquece ilicitamente prevalecendo-se de relações funcionais, ou quando o agente público infringe qualquer dos demais princípios previstos no art. 37, "fatalmente terá violado o princípio da moralidade." (VAN DER BROOCKE, 2013, p. 24).

As sanções previstas no referido texto legal possuem natureza jurídica de sanção civil, entendimento há muito sedimentado na jurisprudência nacional, inclusive havendo expressa previsão no art. 12 da Lei de Improbidade que, independentemente das sanções penais eventualmente aplicadas, está o agente responsável pelo ato de improbidade sujeito às pres-

crições previstas em seus incisos. Portanto, as medidas estabelecidas no art. 12, incisos de I a IV da lei 8.429/92, não se tratam de sanções de natureza penal.

Quanto a estas (sanções de natureza penal), segundo disposição do art. 5º, LVII da Constituição Federal, somente podem ser aplicadas – em regra – quando ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, como corolário da presunção de inocência. Ocorre que a sentença prolatada em sede de ação de improbidade administrativa não possui natureza penal e nem a perda da função que dela decorre pode ser considerada pena.

Assim, não há que se falar em incidência da regra prevista no dispositivo constitucional acima referido nos casos de condenação em ação civil por ato de improbidade administrativa.

A presunção de inocência, aliás, vem sendo compreendida, corretamente, não como princípio, mas como regra, conforme sustentado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADC 29/2012-DF, que apreciou a constitucionalidade da chamada "Lei da Ficha Limpa" (Lei Complementar 135/2010):

> A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de Humberto Ávila (Teoria dos princípios. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa venia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo. Sendo assim, a ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, segundo a qual nenhuma espécie de restrição poderia ser imposta a indivíduos condenados por decisões ainda recorríveis em matéria penal ou mesmo administrativa. O que ora se sustenta é o movimento contrário, comparável a uma redução teleológica, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia. (BRASIL, 2012)

A moralidade administrativa é princípio constitucional orientador do agir público, enquanto que a presunção de inocência é regra incidente, exclusivamente, nos casos de imposição de pena, sanção penal.

Ainda, a manutenção no cargo público, previsto no art. 41 da Constituição – portanto, também direito constitucionalmente previsto – não detém natureza jurídica de direito fundamental. Ora,

> Se a presunção de inocência não impede o reconhecimento de situação de inelegibilidade, o que implica em limitação a direito fundamental político, é evidente que não pode servir de obstáculo à limitação de um direito não fundamental (manutenção do agente público no cargo que ocupa). (VAN DER BROOCKE, 2013, p. 28).

Ao estabelecer que a perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos decorrentes de condenação por ato de improbidade somente se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o legislador ordinário protegeu de forma deficiente o erário, num inequívoco caso de lacuna axiológica, permitindo que o agente ímprobo continue no exercício do cargo público até que não haja mais possibilidade de discussão dos termos da sentença que o reconheceu como agente desonesto, conferindo efeito suspensivo aos recursos interpostos contra a sentença e acórdão, inclusive quando destinados ao STJ e STF.

Tal previsão se contrapõe a todo um feixe de medidas processuais destinadas a proteger o erário: remessa necessária em caso de condenação da Fazenda Pública; impossibilidade de concessão de antecipação de tutela para conceder aumento de despesa com pessoal; impossibilidade de penhora nas execuções contra a Fazenda, dentre outras.

A previsão, em sentido diametralmente oposto à proteção dos interesses da Fazenda Pública e proteção ao erário, de que a perda do cargo do agente ímprobo somente vai ocorrer com o trânsito em julgado da sentença condenatória deve ser considerado inconstitucional pela violação da proibição da proteção deficiente. Trata-se de norma desvinculada da proteção do valor que, originariamente, deveria proteger. Reitere-se que a Lei 8.429/92 foi editada com a exata finalidade de proteger a moralidade administrativa,

punindo os agentes públicos que cometessem atos desonestos no conduzir da administração.

Segundo disposição do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Em comentário a tal dispositivo, Maria Helena Diniz destaca que a ciência jurídica, articulada no modelo teórico hermenêutico, encarando a decidibilidade sob o ângulo de sua relevância significativa, relacionando a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista o seu sentido, assumindo, assim, atividade interpretativa, numa função avaliativa, axiológica, por propiciar o encontro de indicadores para uma compreensão parcial ou total das relações, aparece como uma teoria hermenêutica, com as tarefas de interpretar normas, verificar a existência de lacunas e afastar as contradições normativas, indicando critérios para solucioná-las. Verificando a existência de lacunas, deve o operador do direito indicar "[...] os instrumentos integradores, que levem a uma decisão possível mais favorável, argumentada no direito vigente, mesmo quando se trate de critérios conducentes a uma decisão *contra legem*, nas hipóteses de lacunas axiológicas e ontológicas." (DINIZ, 2013, p. 161-162)

É exatamente o caso abordado no presente estudo.

A ciência do direito, buscando a sistematização de normas para obter decisões possíveis, criando condições para classificação, tipificação e sistematização de fatos e, ainda, criando condições para que se possa passar do registro de certos fatos relevantes para outros fatos, eventualmente relevantes, para os quais não há registro, utiliza-se de elementos de convencimento para persuadir o destinatário da norma, criando condições para que os conflitos sejam decididos com o mínimo de perturbação social (DINIZ, 2013, p. 162).

A ciência jurídica exerce funções relevantes não só para o estudo do direito, mas também para a aplicação jurídica, viabilizando-o como elemento de controle do comportamento humano ao permitir a flexibilização interpretativa das normas – como se deu no caso sob comento – autorizada pelo art. 5º da LINDB e, ainda, ao propiciar, por suas criações teóricas, a

adequação das normas no momento de sua aplicação sendo, assim, instrumento de viabilização do direito.

Lembrando a lição de Miguel Reale (1991, p. 559), pode-se afirmar que a variação dos valores *in concreto* não compromete sua objetividade. A atualização dos valores depende sempre do exame das circunstâncias e de critérios contingentes de conveniência e oportunidade, dos quais decorre a preferência por esta ou aquela dentre as múltiplas vias compatíveis com as mesmas exigências axiológicas.

Outrossim, como a integração normativa não esgota as virtualidades axiológicas (há sempre uma nova exigência do justo, da paz etc.), da mesma forma a ordem jurídica não envolve e integra em seu processo a totalidade das exigências fáticas, entre as quais se põem as oriundas do Poder, donde se origina também a dinâmica bipolar e implicadora da juridicidade.

Sempre haverá a necessidade de verificar se a opção do legislador, ao adotar determinada solução, dentre as várias possíveis para o regramento dos fatos envolvidos na questão hipotética, protege, adequadamente, o valor posto como merecedor da proteção, sendo o caso de, verificando-se que a norma é falha neste mister, sendo injusta ou débil na proteção, estar presente a lacuna axiológica, sendo o caso de integração do sistema jurídico, para que a lacuna seja superada, especificamente, pela adoção de solução que venha a proteger o valor em tela.

A ciência jurídica preocupa-se com a exegese das normas como instrumento capaz de obter enunciados tecnológicos para a solução de conflitos possíveis, pois sua finalidade é dar orientação para o modo como devem ocorrer os comportamentos procedimentais que visam uma decisão de questões conflitivas.

O jurista, para cumprir tão árdua tarefa, calcado no art. 5º da LINDB, que encerra um parâmetro à atividade jurisdicional, fornecerá os vários caminhos possíveis para uma decisão que, ao aplicar a norma ao caso concreto, atenda à sua finalidade social e ao bem comum. Para tanto, fará, com fundamento no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, uma consideração dinâmica do direito, construindo, cientificamente, além do sistema normativo, o fático e o valorativo (DINIZ, 2013, p. 165).

6. CONCLUSÃO

Conforme discorrido nos tópicos anteriores entende-se, especificamente quanto à proteção à moralidade administrativa, que o legislador foi tíbio, protegendo de forma deficiente o referido valor, ao permitir que o agente ímprobo, condenado em 1º, 2º grau ou até mesmo por Tribunal Superior, continue no exercício do cargo, não dando igual proteção ao direito à propriedade – direito fundamental – não suspendendo os efeitos da condenação para os casos de perdimento de bens e valores em prol da administração pública até que ocorra o trânsito em julgado.

Considere-se que, na proteção à moralidade administrativa, o legislador temperou a proteção ao direito fundamental de propriedade, enquanto manteve incólume o exercício de cargo público, que não ostenta o caráter de direito fundamental, apesar de constitucionalmente previsto. A opção feita pelo legislador infraconstitucional, ao redigir o art. 20 da Lei de Improbidade, elevando direito não fundamental a patamar superior à proteção dada, na mesma lei, a direitos fundamentais torna a opção inválida, porquanto deficiente no equilíbrio entre o dever de proteção e o de abstenção.

O disposto no parágrafo único do referido artigo, confirma tal assertiva, na medida em que permite o afastamento temporal, impondo o retorno ao cargo/função do agente após o decurso de 180 (cento e oitenta) dias, ainda que tenha havido sua condenação.

Está-se diante de inegável lacuna axiológica, vez que a lei é injusta na medida em que descolada da proteção que deveria ser conferida ao princípio para cuja guarida foi gerada, cabendo ao aplicador a integração do sistema normativo, de acordo com os parâmetros já referidos, afastando-se a regra contida no já referido *caput* do art. 20, segundo a qual se confere, extraordinariamente, efeito suspensivo a todos os recursos interpostos contra o pronunciamento jurisdicional que implicarem perda de cargo público a agente ímprobo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Flávio Alexandre Luciano de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua relevância para a efetivação da cidadania em países periféricos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, 9 jan. 1942.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei da Ação Civil Pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 25 jul. 1985.

_____. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 3 jun. 1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 29-DF. Direito Eleitoral e Processo Eleitoral. Eleição. Registro da candidatura. Inelegibilidade. Relator: Min. LUIZ FUX. Brasília, 16 de fev. de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4065372> . Acesso em: 5 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1957, Paraíba. Agravo Regimental. Pedido de Suspensão de Liminar. Afastamento Cautelar de Agente Político. Decisão que Identificou Risco à Instrução Processual. Inexistência de Grave Lesão à Ordem Pública. Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO. Brasília, 17 de dez. de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor?num_registro=201403099357&dt_publicacao=09/03/2015>. Acesso em 5 de nov. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 8a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antônio José Brandão. 5a. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2014. p. 52.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7a. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In LEITE, George Salomão. (org.). **Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L; LÊNIO, L. L.; TRINDADE, A. K. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2a. ed. Ri de Janeiro: Tempo Brasileiro. v. 1, 2010.

HARIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 10a. ed. Paris: Sirey, 1921.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

PAUPÉRIO, Artur Machado. I**ntrodução axiológica ao direito:** apêndice à introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PORTO, Mário Moacyr. **Estética do direito**. 2011. Disponível em <http://tce.pb.gov.br/noticias/estetica-do-direito/>. Acesso em: 25 out. 2017.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Filosofia do direito**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

REICHELT, Marcos Henrique. Reflexões sobre a tutela jurídica da moralidade. In SARLET, Ingo Wolfgang; LUDWIG, Roberto José (org.). **A proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. 11a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VAN DER BROOCKE, Alexandre Moreira. A proibição de proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da lei 8.429/92. **Revista da AJURIS**, v. 40, nº 129, p. 13-36. 2013.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi, IBET, 2003.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4a. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

Correspondência | *Correspondence:*

Bruno Lacerda Bezerra Fernandes
Rua Dr. Lauro Pinto, 315, Lagoa Nova, CEP 59.012-500. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3616-9300.
Email: brunolacerda@tjrn.jus.br

Recebido: 01/03/2018.
Aprovado: 01/06/2018.

Nota referencial:

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. Proteção constitucional ao princípio da moralidade na administração pública e lacuna axiológica do artigo 20 da Lei 8.429/1992. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 2, p. 101-122, maio/ago. 2018. Quadrimestral.