

A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20, DA LEI N° 8.429/1991

THE PROHIBITION OF INSUFFICIENT PROTECTION AND THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 20 OF THE LAW N° 8.429/1991

Alexandre Moreira Van Der Broocke¹

Mestrando do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Jacarezinho/PR

RESUMO: Neste artigo será discutida a proporcionalidade e, em especial, sua componente relativa à proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), como vetor de orientação da postura do Estado-Legislador quando da regulamentação do comando contido no art. 37, § 4º, da Constituição da República. Sob a perspectiva da proporcionalidade e do dever de proteção (*schutzpflicht*), serão apresentados argumentos que indicam no sentido da inconstitucionalidade do art. 20 da Lei n° 8.429/1991, o qual excepciona o sistema recursal em prol de interesses considerados ilegítimos, em detrimento do interesse público consistente na salvaguarda da moralidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: *Untermassverbot*; inconstitucionalidade; improbidade administrativa; sistema recursal.

ABSTRACT: *In this article we consider the proportionality and, in particular, the prohibition of insufficient protection (untermassverbot), as vector of orientation to the posture assumed by the legislator when regulating the command contained in article 37, § 4º, of the Constitution. From the perspective of proportionality and the duty of protection (schutzpflicht), we present some arguments that indicate towards the unconstitutionality of article 20 of the Law n° 8.429/1991, which excepts the ordinary appeal system to preserve interests considered illegitimate, jeopardizing the public interest of safeguarding the administrative morality.*

KEYWORDS: *Untermassverbot; unconstitutionality; administrative misconduct; appeal system.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proporcionalidade como paradigma para

¹ Juiz de Direito do Estado do Paraná.

o Estado-Legislator; 2 A proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*); 3 A moralidade administrativa como direito fundamental ou princípio constitucional; 4 A lei de improbidade administrativa como instrumento normativo de proteção à moralidade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The proportionality as a paradigm for the Legislator; 2 The prohibition of insufficient protection (untermassverbot); 3 The administrative morality as a fundamental right or a constitutional principle; 4 Law of administrative misconduct as normative instrument for the protection of morality; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 marcou o término de um período de regime de exceção em que as liberdades individuais eram alvo constante da intervenção arbitrária e incisiva do Estado. Naturalmente, os constituintes, ciosos em relação ao processo de consolidação da democracia, aparelharam o indivíduo com uma ampla gama de direitos e garantias que servissem de barreira à tendência interventiva do Estado na esfera de autonomia do cidadão. Pode-se mesmo afirmar que, à época, o papel assumido pelo Estado aos olhos da sociedade era o de um “inimigo potencial”² dos direitos individuais.

Ocorre que além da miríade de mecanismos jurídicos protetivos da liberdade individual, a Constituição Federal trouxe também uma série de mandados compromissórios, tendentes à concretização das promessas não cumpridas da modernidade³. Desde as primeiras luzes do Estado Liberal, passando pela dura percepção da insuficiência do liberalismo e a consolidação do Estado de Bem-Estar Social, até a inauguração do Estado Democrático de Direito, a sociedade viu sua esfera de interesses mais valiosos receber um trato cada vez mais minucioso nas cartas constitucionais. Todavia, no Brasil, país que “chegou” ao Estado Democrático de Direito sem jamais ter experimentado um verdadeiro período de bem-estar social, a Constituição não pode limitar-se a servir de simples paradigma legal, deve ser também um instrumento normativo

² STRECK, M. L. S. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

³ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21-31.

de transformação da sociedade, sempre indicando o sentido a ser seguido na busca da igualdade não só perante o Estado, mas também por intermédio do Estado.

Diante desse cenário, a postura assumida pelo Estado não pode mais restringir-se ao respeito solene às liberdades individuais. Ao contrário, o papel que deve desempenhar é aquele em que aja no sentido de concretizar tais liberdades, buscando, ao mesmo tempo, a realização da igualdade.

O exercício dos direitos e liberdades individuais não se dá mais apenas em face do Estado, mas sim em relação aos demais cidadãos. Trata-se da festejada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que rompe com a arcaica concepção de cariz liberal sobre o alcance de tais direitos, em especial no que tange aos de primeira dimensão.

Nessa esteira, percebe-se que ganha força a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, em que o dever de proteção (*schutzpflicht*), que recai sobre o Estado, assume extraordinária relevância, posto que, tal como já mencionado, as liberdades individuais passam a ser exercidas não apenas diante do Estado, mas também por seu intermédio⁴. O Estado deve assumir a posição de garante do exercício das liberdades individuais segundo a concepção de sua eficácia horizontal.

Em um contexto de solapamento moral das instituições e de relativização de valores como honra e vergonha, o Estado deve agir segundo os parâmetros delineados na Constituição para fazer com que o cidadão seja livre em relação ao seu semelhante. Assim agindo, garantindo a liberdade de cada um perante os demais, a igualdade certamente se mostra mais tangível, pois se todos forem livres para poder buscar seus objetivos pessoais não egoísticos, para entender o mundo por meio da educação, para poder viver de forma condigna e compatível com os padrões adequados de saúde e higiene, por certo que as diversidades entre cada um se apeguarão.

A princípio, pode-se imaginar que diante das implicações práticas do dever de proteção, o Estado-administração é aquele que se aproxima de uma posição de protagonismo em relação à efetivação dos direitos constitucionais. Todavia, apesar da grande importância da administração na observância do dever de proteção, é sobre o Estado-Legislator que pesa a maior carga de

⁴ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 148-149.

responsabilidade no desempenho do papel de garante das liberdades. Isto porque na lei, por sua abstração e generalidade, é que se fixam os meios de cumprimento do dever de proteção, estabelece-se o “como”, o “quando” e o “por quem”, serão levadas a efeito as medidas necessárias para garantir o exercício individual das liberdades e a consolidação da igualdade, sempre tomando por parâmetros os mandamentos constitucionais.

Sendo assim, o legislador deve atuar segundo prescreve a Constituição, criando os meios normativos necessários à salvaguarda dos direitos previstos na Lei Maior, os quais guardam estreita correlação com os valores mais caros à sociedade. É pela Constituição e na lei que se desvela o rosto do Estado. É pela norma que ele age, fala e, principalmente, transforma o contexto social. Diante disso, é imprescindível que o legislador tenha a habilidade de seguir os mandamentos constitucionais na condução do seu mister.

Pois bem, diante dessa conjuntura, a proporcionalidade como critério de atuação do legislador se apresenta como elemento imprescindível à realização do Estado Democrático de Direito, sendo que o referido conceito (proporcionalidade), deve ser concebido pelo seu duplo aspecto, a dizer: 1) a proibição do excesso (*übertmassverbot*), já consagrado desde a inauguração do Estado Liberal; e 2) a proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*). É justamente com base neste último componente da proporcionalidade que se buscará questionar a constitucionalidade do art. 20 da Lei nº 8.429/1991, partindo-se da premissa que a moralidade administrativa é valor indispensável à concretização do papel do Estado no cumprimento de seu dever de proteção.

1 A PROPORCIONALIDADE COMO PARADIGMA PARA O ESTADO-LEGISLADOR

O Brasil, ao menos formalmente, é um Estado Democrático de Direito. Tal constatação decorre de uma breve leitura da Constituição de 1988, em que podem ser facilmente identificadas uma série de proposições que visam à concretização de um projeto de sociedade tida por ideal. Também é nítida a preocupação do constituinte com a legitimação democrática dos órgãos de poder, bem como com a participação popular na construção das estruturas de comando do Estado, tanto assim que os direitos políticos se afiguram dentro do rol de direitos fundamentais.

Todavia, não é porque se tomou por base o modelo de Estado Democrático de Direito que se deve abrir mão das conquistas históricas dos modelos de Estado

que o antecederam. Não fosse pelas revoluções iluministas do final do século XVIII, o mundo ocidental ainda passaria longo período tateando nas trevas do Antigo Regime. Assim sendo, a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito não implica, em absoluto, o abandono das conquistas inquestionáveis do Estado Liberal, nem muito menos do Estado Social. A adoção do modelo atual apenas conduz à percepção de que aqueles modelos, apesar da grande importância que tiveram em seu tempo, não se mostram mais suficientes diante da complexidade atual das relações interpessoais que subjazem a pós-modernidade.

Sendo assim, no modelo atual de Estado, o legislador tem por missão estabelecer os meios genéricos e abstratos para a concretização das proposições constitucionais, tendo em mente que os comandos de “dever ser” encartados na Constituição da República se sobrepõem aos demais que integram o mecanismo de regulação social. Devem ser tidos por prioritários, em especial no que tange aos direitos e garantias fundamentais, posto serem eles o “núcleo duro” da Constituição de 1988.

O legislador deve atentar ao fato de que apesar da mudança de postura do Estado, de potencial inimigo dos direitos individuais tão somente, para garantidor desses direitos, não há que se negligenciar as conquistas do Estado Liberal.

A preocupação com a salvaguarda da esfera de autonomia do cidadão, mesmo no modelo atual de Estado deve ser constante, principalmente se considerado o passado recente do Brasil, quando inúmeras foram as oportunidades em que o Poder Público cedeu à tentação do autoritarismo. Desta feita, o agir do legislador deve estar pautado pela proporcionalidade, sob pena de se colocar em risco as conquistas históricas que culminaram na vitória da democracia.

Por óbvio que o Estado não pode fazer-se invisível, deixando o destino da sociedade ao sabor de um utópico bom senso geral, pois tal postura levaria à anarquia sem que no mundo dos fatos existissem as pré-condições para seu sucesso. O ordenamento jurídico limita as liberdades sim, aliás, deve limitá-las, sob pena de fazer com que a justiça se esvazie de conteúdo e a lei do mais forte prevaleça. Entretanto, ditas limitações devem gozar de legitimidade democrática, ou seja, devem ser aceitas por todos com base em um diálogo aberto e racional segundo os trâmites institucionais preestabelecidos e, principalmente,

não podem ser desprovidas de razão nem de um substrato moral, seja na sua existência, seja na sua extensão⁵.

Estabelecendo-se leis que imponham restrições exageradas ou mesmo desnecessárias à liberdade individual, abre-se mão das conquistas liberais, o que leva a uma perigosa aproximação do autoritarismo arbitrário. Assim, as limitações legais da liberdade individual devem ser proporcionais segundo seu aspecto de proibição de excesso (*übermassverbot*). O Estado só deve contar com a possibilidade legal de intervir na esfera de autonomia do cidadão quando necessário e tão somente na exata medida de tal necessidade. Qualquer exagero implica em arbítrio, e o arbítrio, quando positivado, conduz ao autoritarismo.

Por outro viés, como já mencionado, a fim de que se mostre viável a vida em comum, é mister que o ordenamento jurídico se faça sentir no sentido de resguardar os valores entendidos relevantes para a sociedade, principalmente aqueles que gozam de atenção constitucional. Desta sorte, o legislador deve agir impondo limitações às liberdades individuais que sejam bastantes à salvaguarda dos valores constitucionais. Cuida-se do segundo aspecto da proporcionalidade, qual seja, a proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*).

Nota-se, então, que o Estado-Legislador tem a difícil tarefa de encontrar o “meio-termo” entre intervenção e abstenção, sendo que o critério de que deve lançar mão para encontrar esse ponto de equilíbrio é justamente a proporcionalidade, assim considerada em seus dois aspectos: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

2 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE (UNTERMASSEVERBOT)

Desde a ruína do Antigo Regime e a inauguração do Estado Liberal, a proibição do excesso como aspecto da proporcionalidade se consagrou como vetor de posicionamento do Estado em face do cidadão. Ocorre que a postura de pura e simples abstenção do Estado culminou no esfacelamento do tecido social, posto que a desigualdade que decorreu do enfraquecimento da intervenção estatal levou o mundo à beira do apocalipse. O surgimento dos regimes stalinistas e nazifascistas como respostas alternativas ao Estado Liberal e à revolução socialista⁶, somado às catastróficas consequências da “Grande Depressão” norte-

⁵ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2010. p. 52.

⁶ HOBBSAWM, E. *Era dos extremos: o breve século XX*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 113-144.

-americana do final da década de 1920, fez evidente a necessidade de reavaliação do papel do Estado, o que conduziu à adoção do modelo de Estado de Bem-Estar Social. Nesse ponto da história recente, apesar da mudança de percepção do papel do Estado, que deveria prover os meios para diminuir as desigualdades sociais e não apenas preservar as liberdades individuais, ainda não se mostrava evidente o segundo aspecto da proporcionalidade (*untermassverbot*) como critério de atuação do legislador. Isto, muito provavelmente, por conta do assombro causado pelas alternativas políticas totalitárias implementadas na Rússia, Itália e Alemanha.

Passado o horror da guerra e adotado o modelo democrático de direito do Estado, a proibição da proteção deficiente começou a ganhar força.

Como o Estado passou a servir de meio para a concretização de mudanças sociais democraticamente legitimadas, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se fez sentir com mais furor. Passou-se a perceber de maneira mais consistente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, ganhou relevância o dever de proteção (*schutzpflicht*) com que aquela guarda estreita relação, pois um dos meios de efetivação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é justamente o dever de proteção que recai sobre o Estado⁷.

Diante disso, “descobre-se” a face oculta, ou o “lado B” do princípio da proporcionalidade: a proibição da proteção deficiente⁸.

O primeiro registro de que se tem notícia a respeito da utilização expressa do conceito de *untermassverbot* é no julgamento da constitucionalidade da lei que descriminalizava o aborto na Alemanha, em que a Corte Constitucional se valeu do dever de proteção do Estado em relação ao direito à vida intrauterina, para considerar inconstitucional a supressão da proteção conferida pelo Direito Penal ao referido bem jurídico (BverfGE 88, 203)⁹.

No Brasil, a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal em que se lançou mão do conceito de *untermassverbot* de forma expressa, foi no voto do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário

⁷ STRECK, M. L. S. Op. cit., p. 93.

⁸ Idem, p. 52.

⁹ Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=607>. Acesso em: 18 dez. 2012.

nº 4183765/MS¹⁰. O recurso dizia respeito a um caso envolvendo crime contra a dignidade sexual em que a vítima, uma menina de 9 (nove) anos de idade, passou a conviver com o réu, sendo que este pretendia ver reconhecida a causa de extinção da punibilidade de que tratava o art. 107, inciso VII, do Código Penal. Além das questões impeditivas do reconhecimento da união estável entre acusado e ofendida, o Relator fundamentou seu pronunciamento na proibição da proteção deficiente, haja vista que se fosse reconhecida a extinção da punibilidade naquele caso, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal restaria desprotegido, o que se afigurava incompatível com os mandamentos constitucionais e com o dever de proteção.

Posteriormente, seguiram-se outros julgados em que se decidiu com base na *untermassverbot*, sendo digno de registro o polêmico caso envolvendo a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) (ADIn 3510)¹¹, no qual o Ministro Gilmar Mendes, mais uma vez, valeu-se da proibição da proteção deficiente para julgar a constitucionalidade da referida lei, porém com interpretação conforme a constituição. O Ministro entendeu que a Lei de Biossegurança não estaria eivada de inconstitucionalidade, desde que seu art. 5º fosse interpretado no sentido de que a pesquisa com células tronco-embrionárias devesse ser precedida de autorização e aprovação por comitê central de ética e pesquisa ligado ao Ministério da Saúde. Segundo o entendimento do Ministro, desconsiderada essa interpretação do referido dispositivo legal, o direito à vida restaria deficitariamente protegido pelo legislador.

Ultimamente, o STF tem se utilizado da proibição da proteção deficiente para julgar constitucional a existência de crimes de perigo abstrato, tais como aqueles descritos nos tipos de que trata a Lei nº 10.826/2003 (HC 104410/RS, HC 102087/MG), sendo que nesses casos o dever de proteção em relação à paz pública implica na obrigatoriedade de criminalização de certas condutas.

Enfim, nota-se que a jurisprudência constitucional atual, em compasso com o modelo de Estado hoje adotado, tomou por válida a premissa de que a Constituição Federal não contém apenas proposições de abstenção do Poder Público em face do indivíduo, mas, ao contrário, traz até mesmo verdadeiros

¹⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS, Brasília, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

¹¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

mandados constitucionais de criminalização como forma de atender ao dever de proteção¹².

É nítido que, gradativamente, substituiu-se o conceito de garantismo negativo, linha de compreensão do Direito segundo a qual o ordenamento jurídico deve servir ao propósito de defender o indivíduo da intervenção arbitrária do Estado, pelo garantismo positivo que, além da defesa do cidadão em face do Estado, preocupa-se com a defesa do cidadão em face de seu semelhante, a qual deve se dar por intermédio do Estado¹³.

2.1 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE COMO CRITÉRIO NÃO CIRCUNSCRITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É possível perceber que a aplicação da *untermassverbot* tem se dado em casos envolvendo a proteção deficiente de direitos fundamentais, tais como a vida e a dignidade sexual, esta enquanto manifestação da intimidade.

Diante disso, cabe a questão acerca da existência, ou não, de um dever de proteção em relação a direitos que, apesar de constitucionais, não se enquadram da categoria de fundamentais.

A resposta para a referida questão depende, a princípio, da premissa teórica de que se parte.

Atualmente, é possível constatar que duas grandes correntes doutrinárias se contrapõem no que diz respeito ao Direito Constitucional. De um lado se colocam os (neo)constitucionalistas, adeptos de um constitucionalismo principiológico, no qual a teoria da argumentação, de Robert Alexy, se interpõe como importante instrumento de efetivação das proposições constitucionais que, em relação aos princípios, são vistas como “mandados de otimização”¹⁴. Dita corrente parte da premissa de que os princípios constitucionais se colocam à aplicação em constante situação de conflito, situação esta cuja solução repousa justamente na ponderação entre dois ou mais princípios segundo as regras da teoria da argumentação. Por outro viés, tem-se os garantistas que, de certa forma, mostram-se avessos à consideração de direitos fundamentais como

¹² STRECK, L. L. O dever de proteção do Estado (*schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>.

¹³ FERRAJOLI, L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 795.

¹⁴ CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 452-454.

princípios passíveis de aplicação pela ponderação e não subsunção, rejeitando a ponderação segundo a teoria da argumentação enquanto meio idôneo para efetivação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais¹⁵. Essa última corrente se baseia na Constituição forte, em que os direitos nela previstos gozam de extremada densidade normativa, razão pela qual não existiriam espaços consideráveis de discricionariedade para a aplicação da ponderação de Robert Alexy. Os direitos constitucionais, ou mesmo os princípios, segundo o garantismo, devem ser efetivos, sendo que acaso não sejam observados ou colocados em prática pelos atores jurídicos, estar-se-á diante de uma antinomia inconstitucional.

Certamente que a discussão entre as duas posições exigiria um estudo muito mais aprofundado, incompatível com o propósito deste artigo, entretanto, segundo esse viés garantista da Constituição, conclui-se que o dever de proteção, já consagrado pela jurisprudência e pela doutrina em relação aos direitos fundamentais, deve ser levado em consideração, também, em relação aos demais direitos constitucionais, posto que não há espaço de discricionariedade para a atuação do legislador em relação à efetivação do direito previsto na Lei Maior. Ou seja, se existe previsão constitucional que respalde um direito qualquer, fundamental ou não, é imperativo que o Estado-Legislador desempenhe seu mister, conferindo-lhe o regramento normativo infraconstitucional que possibilite sua plena efetivação. Agindo de forma diversa, seja pela sua postura omissiva (*untermassverbot*) ou comissiva (*übermassverbot*), o legislador incide em antinomia inconstitucional.

Ao que parece, a corrente garantista se mostra mais condizente com os desafios que se colocam diante do Estado Democrático de Direito, uma vez que nela a Constituição da República se reveste de maior coercibilidade em relação não só ao Estado-Legislador, como também em face dos demais poderes. Sendo assim, partindo-se da premissa de que o dever de proteção (*schutzpflicht*) é condição de possibilidade da incidência da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*)¹⁶, e que, segundo o viés garantista, pode-se afirmar que o dever de proteção se estende para além dos direitos fundamentais, a proibição da proteção deficiente abrange os direitos constitucionais em geral.

¹⁵ FERRAJOLI, L. 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.

¹⁶ STRECK, M. L. S. Op. cit., p. 93.

3 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL OU PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A palavra “moralidade” aparece por 3 (três) vezes no Texto Constitucional. Primeiramente, no art. 5º, inciso LXXIII, em que se prevê a possibilidade de propositura de ação popular pelo cidadão para anular ato lesivo à moralidade administrativa. A seguir, no art. 14, § 9º, em que existe a previsão de lei complementar que regule casos de inelegibilidade como forma de proteção da moralidade para o exercício do mandato. Finalmente, tem-se o *caput* do art. 37, em que se estabelecem os princípios orientadores da Administração Pública, entre os quais se encarta o da moralidade.

No tocante à previsão contida no art. 5º, inciso LXXIII, em que pese localizar-se topograficamente no título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, isto não faz da moralidade ali prevista um direito fundamental, posto que o núcleo do dispositivo diz respeito à ação popular e o direito de ajuizá-la. A moralidade figura apenas como uma das possíveis causas de pedir da referida ação constitucional, o que, por certo, não a atrai para o rol de direitos fundamentais.

Já em relação à previsão contida no art. 14, § 9º, cuida-se, a moralidade, de uma limitação expressa a outro direito fundamental, qual seja, aquele consistente na capacidade política passiva. A moralidade serve como parâmetro de limitação do direito fundamental de candidatar-se, como forma de conferir proteção ao exercício da capacidade política ativa, direito fundamental daquele que vota.

Finalmente, no art. 37, *caput*, encontra-se o conceito de moralidade que serve de objeto do presente artigo, trata-se da moralidade enquanto princípio constitucional.

Não se pode alargar o rol de direitos fundamentais a fim de que abarque a totalidade da Constituição. Por óbvio que os direitos fundamentais não se circunscrevem ao Título II, da Constituição da República, aliás, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio da qual se inseriu o § 3º no art. 5º do Texto Constitucional, surgiu a possibilidade de existirem direitos fundamentais até mesmo fora da Constituição.

Todavia, acaso se expanda o conceito de direitos fundamentais de forma arbitrária, por certo que o rol de tais direitos perderá, em última análise, sua razão de ser, uma vez que não mais contará com uma posição prevalente diante

de outros direitos. Então, diante da clara dicção do Texto Constitucional, a moralidade administrativa, apesar de não ser um direito fundamental, é um princípio constitucional de extremada relevância que, tal como já exposto, coloca-se sob a abrangência do dever de proteção e, conseqüentemente, da incidência da *untermassverbot*.

4 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO NORMATIVO DE PROTEÇÃO À MORALIDADE

Inicialmente, é possível questionar por que a moralidade foi colocada como ponto central neste artigo, ao invés dos demais princípios que orientam o atuar da administração. Seguindo o referido questionamento, é interessante notar que não apenas o ato atentatório à moralidade pode ser declarado como sendo ímprobo, mas também aqueles que implicam prejuízo ao Erário e enriquecimento ilícito.

Ocorre que 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 encartados no *caput* do art. 37 da Constituição da República, fatalmente terá sido violado o princípio da moralidade. Dita conclusão decorre da abrangência conceitual do mencionado princípio que, nada mais nada menos, aproxima de forma evidente, ainda que sem confundi-los, a moral e o direito. É um conceito indeterminado inserto no Texto Constitucional.

Como a moralidade administrativa é um princípio constitucional que demanda proteção do Estado, o legislador fez inserir no ordenamento jurídico a Lei nº 8.429/1991, a Lei de Improbidade Administrativa, em observância ao mandamento expresso no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Na Lei de Improbidade Administrativa estão prescritas as práticas consideradas ímprobas, os sujeitos passíveis da aplicação das sanções, a definição das próprias sanções, a prescrição, enfim, todo o arcabouço normativo atinente à matéria, o que, a princípio e formalmente, torna efetiva a proteção da moralidade.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES IMPOSTAS SEGUNDO A LEI Nº 8.429/1991

Logo que foi promulgada a Lei nº 8.429/1991, iniciou-se o debate acerca da natureza jurídica das sanções nela discriminadas, o que surtiria efeitos práticos, tal como a prerrogativa de foro para os réus detentores de alguns cargos públicos.

Todavia, diante da clareza do Texto Constitucional, essa discussão já deveria estar, há muito, superada.

O art. 37, § 4º, da Constituição da República traz a previsão de que os agentes públicos que praticarem atos de improbidade administrativa estarão sujeitos à *suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*. Da parte final do dispositivo em pauta, extrai-se que a imposição das sanções ali previstas e repetidas no art. 12 da Lei nº 8.429/1991 não impede a propositura da ação penal cabível. Ora, se a imposição das sanções decorrentes da condenação na ação de improbidade administrativa não obsta o trâmite de ação penal relativa aos mesmos fatos, por óbvio que aquelas não detêm natureza penal, posto que, caso contrário, estar-se-ia diante de evidente *bis in idem*: ao agente ímprobo seriam impostas duas sanções penais pelo mesmo fato!

Ademais, na própria Lei de Improbidade Administrativa é possível perceber indicativos de que as sanções nela discriminadas não se revestem de caráter penal, e sim civil¹⁷. Para tanto, basta observar o regramento específico do procedimento a ser observado no processamento das ações de improbidade administrativa, que, exceto pelas específicas regras atinentes a inquirição e depoimentos (art. 17, § 12), observam o rito ordinário do Processo Civil com algumas poucas peculiaridades, tal como a possibilidade de rejeição da petição inicial após manifestação do requerido (art. 17, § 7º). Aliás, no art. 18 da Lei de Improbidade Administrativa, o legislador chegou até mesmo a usar a expressão “ação civil”.

Apesar de a Lei nº 8.429/1991 tratar de hipótese de imposição de sanção como decorrência de ação judicial, em que o objeto é a verificação da ocorrência de um ilícito, nem a sanção nem o ilícito contam com natureza jurídica penal. As condutas de que tratam os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa não se apresentam como tipos penais, nem tampouco são penas, as sanções descritas no art. 12 da mesma lei, apesar do nome que leva o seu Capítulo III.

4.2 A SANÇÃO DE “PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA” E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Uma das sanções passíveis de imposição quando da condenação por improbidade administrativa é a “perda da função pública”, reprimenda esta prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/1991.

¹⁷ MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203.

Em face da perspectiva de que, com a condenação, pode sobrevir a demissão do ocupante de cargo público, o legislador entendeu por bem fixar alguns critérios procedimentais relativos à imposição da referida sanção, o que fez, pretensamente, visando resguardar o princípio da presunção de inocência.

Dito princípio se afigura como um dos pontos de apoio essenciais ao Estado Democrático de Direito, já que reza que ninguém será considerado culpado sem que haja sentença penal condenatória transitada em julgado. Aliás, trata-se, em verdade, não de um princípio, mas de direito fundamental que antecede a própria adoção do Estado Democrático de Direito, haja vista que suas raízes buscam alicerce na inauguração do Estado Liberal.

É indiscutível a relevância de que se reveste a presunção de inocência, em especial no que tange ao seu papel de freio a eventuais arbitrariedades praticadas pelo Estado em face do cidadão. Diante do preceito contido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, o legislador deve exercer seu mister pautado pela proporcionalidade, com vistas à proibição do excesso, utilizando-se do critério estabelecido pela presunção de inocência, ou seja, a imposição de pena jamais poderá prescindir do trânsito em julgado de sentença condenatória, independente do crime cometido.

Porém, tal como já exposto, na seara da Lei de Improbidade Administrativa, exceto no que toca ao seu art. 19, não há previsão de crime, nem tampouco de pena. Da condenação na ação de improbidade administrativa não decorrem penas, mas sim sanções de caráter eminentemente civil.

Partindo-se dessa premissa, há que se questionar se é aplicável o preceito contido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal quando da condenação por improbidade administrativa.

Acaso se tratasse da perda de cargo ou função como decorrência da condenação penal, de que trata o art. 92, inciso II, do Código Penal, por certo que haveria de ser observada a presunção de inocência em toda sua extensão. Ocorre que, no âmbito da condenação por improbidade administrativa, não se está diante de matéria penal.

O inciso LVII do art. 5º da Lei Maior é claro ao prever que a imposição de *pena* exige o trânsito em julgado de sentença *penal* condenatória. Ora, a sentença prolatada em sede de ação de improbidade administrativa não é sentença penal, nem a perda da função que dela decorre pode ser considerada pena.

Tais questionamentos foram trazidos à baila por ocasião do julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, a denominada “Lei da Ficha Limpa”. Quando do julgamento da Adecon 29/2012-DF, o Ministro Relator, Luiz Fux, rejeitou os precedentes jurisprudenciais do próprio Supremo Tribunal Federal, segundo os quais o preceito contido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal deveria ser concebido como princípio aplicável não somente à esfera penal. O Ministro Relator incluiu o comando constitucional já mencionado na categoria de regra e não de princípio, o que, segundo seu entender, mostrava-se mais condizente com a realidade histórica pela qual passa atualmente o país, em que a democracia já se encontra suficientemente consolidada e livre de ameaças reais de regresso ao autoritarismo.

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.¹⁸

¹⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Constitucionalidade nº 29, Brasília, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

Reviu-se a corrente jurisprudencial com o objetivo de fazer valer o preceito insculpido no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, sem que restasse ferida de morte a regra, e não o princípio, de que cuida o art. 5º, inciso LVII.

É interessante notar que no julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, tinha-se, de um lado, o direito fundamental, de natureza política, consistente na capacidade política passiva e, de outro, a moralidade administrativa como pressuposto do exercício do mandato eletivo. Ainda assim, tratando-se da definição dos limites de um direito fundamental, o Supremo Tribunal Federal orientou seu entendimento segundo a premissa de que a presunção de inocência é regra e, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, aplica-se nos limites do texto, ou seja, à imposição de sanções penais.

Voltando à discussão acerca da Lei de Improbidade Administrativa, é possível identificar que a ação judicial que a toma por fundamento envolve uma lide que contrapõe o direito individual do ocupante do cargo público em nele ser mantido, ao resguardo da probidade administrativa. Não há, portanto, direito fundamental envolvido na demanda proposta com base na Lei nº 8.429/1991.

A moralidade administrativa, como já exposto, é princípio constitucional orientador do agir público, enquanto que o direito à manutenção no cargo público, apesar de constitucional, posto que previsto no art. 41 da Lei Maior, não detém natureza jurídica de direito fundamental. Se a presunção de inocência, considerada como regra, circunscreve-se à seara penal e não é considerada aplicável quando da verificação das condições de exercício de um direito fundamental (capacidade política passiva), por certo que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não deve se colocar como empecilho à efetivação das sanções civis da Lei de Improbidade Administrativa, sob a égide da qual não se batem direitos fundamentais. Ou seja, 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 no agente público no cargo que ocupa).

4.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.429/1991

As ponderações anteriormente expostas, por si só, tornam evidente a completa carência de legitimação do preceito contido no art. 20 da Lei de

Improbidade Administrativa, o qual assim dispõe: “A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Diante do texto legal, pergunta-se: por quê?

Como a presunção de inocência não é aplicável à matéria, a primeira resposta que certamente surge em mente é o disposto no art. 41, § 1º, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual o servidor estável somente perderá o cargo como decorrência de sentença judicial transitada em julgado. Realmente, tal dispositivo, lido isoladamente, leva à conclusão de que o trânsito em julgado da sentença condenatória é imprescindível à perda do cargo. Porém, algumas considerações devem ser tecidas para que se verifique a validade desta resposta.

Primeiramente, deve ser destacado que o dispositivo constitucional em questão se restringe a servidores públicos *estáveis*, enquanto o art. 2º da Lei nº 8.429/1991 traz uma gama muito mais ampla de potenciais réus, incluindo detentores de mandatos eletivos, ocupantes de cargos em comissão e até exercentes de função pública não remunerada.

Em relação aos agentes públicos que não se enquadram na categoria de servidores estáveis, é nítido que o legislador agiu em descompasso com o princípio da proporcionalidade, ferindo a proibição da proteção deficiente. Isto porque o art. 37, *caput*, da Constituição da República, estabelece a moralidade administrativa como paradigma de atuação dos agentes do Estado. Ao impor-se a necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para a imposição da sanção de perda da função, relega-se ao desamparo a moralidade administrativa, que seguirá sendo vilipendiada até o esgotamento dos meios recursais colocados à disposição do agente ímprobo.

Aqui não se busca adotar uma postura inquisidora, em que a dúvida deve aproveitar ao Estado em detrimento do indivíduo, mas é imperativo reconhecer que o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa é um testemunho concreto da inobservância da proporcionalidade no agir legislativo.

Para tanto, além das questões já levantadas no presente estudo, revelam-se oportunas algumas comparações com outras normas integrantes do sistema jurídico regulatório das interações entre Estado e cidadão.

O servidor público, ainda que estável, pode ser demitido como decorrência de avaliações periódicas negativas, bem como de processo administrativo em que lhe seja garantida a ampla defesa e contraditório (art. 41, § 1º, incisos II

e III, da CF). Se o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de demissão independente de qualquer processo judicial, qual é a razão de se exigir trânsito em julgado de uma condenação proferida em sede de ação de improbidade, na qual com certeza o requerido dispôs de larga possibilidade de exercício da ampla defesa e contraditório? Não se procura exigir que a perda da função se dê logo com a condenação em primeira instância de julgamento. Por óbvio que não se afigura razoável que assim se proceda.

Ao contrário, o que se busca com as ponderações anteriormente lançadas é demonstrar que excepcionar o sistema recursal do Processo Civil, em prol do detentor de cargo público ímprobo e em detrimento do interesse coletivo consubstanciado na moralidade administrativa, afigura-se flagrantemente inconstitucional.

Seguindo nesse raciocínio, é interessante trazer à discussão algumas particularidades do sistema recursal que guardam, de certa maneira, relação de incompatibilidade com a previsão contida no art. 20 da Lei nº 8.429/1991.

O sistema recursal no processo civil, o qual é aplicável à tramitação das ações propostas com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa (à exceção da sistemática de inquirição de depoentes), traz a regra de que os recursos de apelação são recebidos em seus efeitos devolutivo e suspensivo (art. 520 do CPC). Além disso, o art. 475 do Código de Processo Civil contém regra segundo a qual as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública devem ser submetidas ao duplo grau obrigatório, ou seja, as decisões de mérito proferidas na primeira instância somente produzem efeitos após o seu reexame necessário.

A finalidade do dispositivo legal anteriormente mencionado é nítida: resguardar o Erário. Pois bem, colocando-se em cotejo o disposto no art. 475 do Código de Processo Civil e o previsto no art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, percebe-se que o legislador assumiu posturas diametralmente opostas: inicialmente, estabeleceu regra que torna mais difícil obter provimento jurisdicional efetivo contra a Fazenda Pública e, na sequência, previu posição desvantajosa ao interesse público e ao Estado, que somente poderá obter provimento jurisdicional favorável com o esgotamento dos meios recursais disponíveis ao agente ímprobo. Pergunta-se, então: diante da comparação anteriormente levada a efeito, qual a finalidade do art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa? A resposta só pode ser resguardar interesses individuais ilegítimos em detrimento de interesses públicos constitucionalmente tutelados (art. 37, *caput*, da CF).

Além disso, são dignos de nota, os inúmeros empecilhos legais insertos no ordenamento jurídico vigente, no tocante à concessão de antecipação de tutela e liminares contra as pessoas jurídicas de direito público. Tome-se, por exemplo, a questão previdenciária em que, diante da vedação à concessão de antecipação de tutela contra Autarquia Federal prevista no art. 1º da Lei nº 9.494/1997, declarado constitucional na ADC 04, foi necessária a emissão de enunciado sumular pelo Supremo Tribunal Federal (nº 729), em que restou autorizado que se excepcione a vedação legal em prol da satisfação do direito fundamental social do cidadão. Mesmo diante da discussão judicial de um direito fundamental de segunda dimensão, o legislador não titubeou ao prover o Erário com meios legais de resguardo de seus interesses, enquanto que na Lei de Improbidade Administrativa deixou descoberta a salvaguarda da moralidade, excepcionando o sistema recursal para perpetuar uma situação descompassada com as diretrizes constitucionais, em prol de um interesse individual.

Já que se está contrapondo duas posturas do Estado-Legislator no que tange ao resguardo dos interesses da Administração, é pertinente destacar que a remuneração percebida pelo agente público ímprobo durante o tramitar do processo, e até que se esgotem os meios recursais, jamais poderá ser alvo de ressarcimento, dado seu caráter alimentar, fato este que faz do teor do art. 20 da Lei nº 8.429/1991, ainda mais injustificável do ponto de vista da satisfação do interesse público. Por outro viés, aplicando-se a regra comum do sistema recursal, acaso haja reforma da decisão de mérito condenatória em sede de recurso especial ou extraordinário, nada impede que o requerido seja reintegrado aos quadros da administração, bem como ressarcido dos prejuízos que tenha eventualmente sofrido, inclusive no que toca à remuneração.

Enfim, não é possível compatibilizar a postura do legislador, pródigo defensor do Erário e do interesse público nos dispositivos processuais mencionados, com a do legislador complacente, condescendente e mesmo cúmplice, adotada quando da elaboração do texto do art. 20 da Lei nº 8.429/1991. Se para resguardar o Erário o legislador se serviu de vários expedientes legais condizentes com a satisfação do interesse público, por vezes margeando perigosamente a proibição do excesso, o afrouxamento de tais critérios, no intuito único de fazer prevalecer o interesse individual do ocupante de cargo público em detrimento da moralidade administrativa, deve ser considerado inconstitucional pela violação da proibição da proteção deficiente.

Diante disso, tratando-se de agentes públicos que não se enquadrem na categoria de servidores públicos estáveis, a exceção ao sistema recursal, segundo a qual se confere efeito suspensivo automático aos recursos especial e extraordinário é flagrantemente inconstitucional diante dos argumentos acima indicados.

4.4 O ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.429/1991 E OS SERVIDORES PÚBLICOS ESTÁVEIS

Resta, então, o questionamento relativo à (in)constitucionalidade do art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa no tocante aos servidores públicos estáveis, diante do disposto no art. 41, § 1º, inciso I, da Constituição da República, segundo o qual a perda do cargo público por servidor estável somente se dá *em virtude de sentença judicial transitada em julgado*.

Para tanto, é oportuno que se proceda a uma leitura contextualizada do referido dispositivo constitucional. Logo nos incisos II e III do mesmo § 1º do dispositivo em questão, existe a previsão de que a demissão possa decorrer de uma sequência de avaliações periódicas negativas constatadas por meio de procedimento administrativo em que se garanta a ampla defesa, bem como que a perda do cargo possa ocorrer como resultado de processo administrativo.

Tomando-se por base que a Constituição da República é um sistema harmônico de mandados normativos, é imperativo que se atribua sentido aos seus dispositivos, de forma tal que não se mostrem incompatíveis entre si.

Acaso a expressão “sentença judicial transitada em julgado” seja levada em consideração em sentido amplo, englobando toda e qualquer decisão de mérito proferida pelo Estado-Juiz, a integridade do sistema constitucional restará comprometida irremediavelmente.

Suponha-se que ao cabo de um processo administrativo, conduzido segundo as regras dispostas na legislação específica, e em que foram garantidos tanto a ampla defesa quanto o estabelecimento do contraditório, seja imposta ao servidor público a sanção de demissão, com fundamento no art. 41, § 1º, inciso II, da Constituição Federal. Tendo em vista que a mesma Constituição garante o acesso à Justiça como direito fundamental e que daí decorre a inafastabilidade da discussão judicial dos atos administrativos, o servidor a que foi imposta a sanção de demissão poderá ajuizar uma demanda que vise a rediscussão dos fatos que redundaram em sua demissão administrativa. Ora, se a previsão constitucional contida no art. 41, § 1º, inciso I, englobar a sentença que será proferida nesta

hipotética ação cível, o inciso II do mesmo parágrafo se esvazia completamente de sentido, haja vista que a demissão somente poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão que julgue improcedente o pedido do servidor demitido.

Ademais, tomando-se a expressão “sentença judicial transitada em julgado” em seu sentido amplo, a consequência será a confusão entre o conceito de estabilidade e vitaliciedade prevista no art. 95, inciso I, da Constituição Federal. Mais uma vez, tem-se a ruptura irremediável do sistema constitucional, posto que a vitaliciedade é prerrogativa que toca aos membros da magistratura e Ministério Público, por meio dos quais o Estado exerce poderes inerentes à sua própria soberania. Para o desempenho de tais cargos, que implicam no gozo de independência funcional, a prerrogativa da vitaliciedade é imprescindível, o que não ocorre em relação aos demais cargos existentes na estrutura organizacional do Estado.

Assim, o sentido que deve ser atribuído ao texto “sentença judicial transitada em julgado” não é outro senão aquele que se revele compatível com a regra de que trata o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República. A sentença referida no art. 41, § 1º, inciso I, da Lei Maior é a decisão de mérito proferida na esfera penal, da qual decorre o efeito específico previsto no art. 92 do Código Penal, consistente na perda do cargo público.

Lançando mão da interpretação sistemática do Texto Constitucional e considerando os argumentos anteriormente expostos, é possível estabelecer o sentido a ser atribuído ao seu art. 41, § 1º, inciso I, segundo o qual a perda do cargo como decorrência específica da condenação criminal só se efetiva com o trânsito em julgado. Consequentemente, mesmo no que tange aos servidores públicos estáveis, o art. 20 da Lei nº 8.429/1991, não encontra respaldo constitucional, posto que também em relação à dita categoria funcional, o legislador descuroou da proporcionalidade, violando a proibição da proteção deficiente, tal como o fez em relação aos demais agentes públicos.

CONCLUSÃO

A Constituição da República deve assumir o papel que lhe cabe no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, colocando-se como meio eficaz de concretização dos valores mais caros à sociedade. Diante de tal desafio, o Estado-Legislador jamais poderia ter excepcionado o sistema recursal, emprestando efeito suspensivo automático aos recursos especiais e

extraordinários eventualmente interpostos por potenciais agentes públicos ímprobos.

Não há razão para tanto, principalmente porque a situação em discussão não demanda a aplicação do “princípio” da presunção de inocência, já que não se está diante de questão afeta à esfera criminal. Também não existe outro motivo que pudesse tornar razoável o afastamento do sistema recursal ordinário do processo civil em casos envolvendo improbidade administrativa, enquanto em diversas outras situações atinentes a demandas que opõem o Estado ao cidadão, o legislador proveu o Poder Público de meios processuais que lhe conferem vantagem.

O Brasil, um País em que o Estado Social nunca chegou a ser uma realidade, a duras penas obteve sua liberdade após décadas de autoritarismo. Hoje, a democracia está consolidada e a conjuntura atual não mais permite um regresso aos tempos de outrora, posto que um povo que experimentou a liberdade jamais será escravizado novamente.

Tais circunstâncias, todavia, parecem estar sendo ignoradas pelos poderes constituídos, que seguem, frequentemente, fazendo uma leitura anacrônica da Constituição Federal, tomando-a como instrumento de defesa contra um Estado “Leviatã” que não representa mais o perigo que há 20 anos ainda assombrava a sociedade recém egressa do regime de exceção. A propósito, acerca do Estado de Direito, parece oportuna uma breve remissão à lição de Norberto Bobbio:

O “Estado de Direito” avançou e continua a avançar à medida que se substituem os poderes arbitrários pelos juridicamente controlados, os órgãos irresponsáveis pelos órgãos juridicamente responsáveis; enfim, a medida que o ordenamento jurídico organiza a resposta às violações que provém não só dos cidadãos privados, mas também dos funcionários públicos.¹⁹

Pois se o país pretende cumprir as promessas da modernidade, é preciso que a Constituição seja lida pelos olhos do hoje, um tempo em que o Estado deixou de ser inimigo para, por vezes, assumir a posição de vítima. Trata-se de uma árdua tarefa, já que, como exposto neste estudo, o equilíbrio se encontra a meio caminho entre a proibição da proteção deficiente e a proibição do excesso. Há que se resguardar os interesses consagrados na Constituição, sem que, sob

¹⁹ BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 168.

tal bandeira, passe-se a flertar novamente com o autoritarismo inquisidor de tempos antanhos.

Todavia, diante do direito que está aí posto, existem zonas de certeza negativa em relação ao mencionado equilíbrio e, seguramente, o art. 20 da Lei nº 8.429/1991, localiza-se dentro de uma delas. O Estado-Legislador falhou e continua falhando pela sua inércia diante do evidente descompasso entre a realidade política e social de hoje, e a leitura arcaica que segue dispensando ao Texto Constitucional. Excepcionar o sistema recursal, mantendo no cargo público aquele que, segundo o entender de pelo menos duas instâncias jurisdicionais, cometeu ato de improbidade administrativa, é, por si só, uma afronta à moralidade, além de representar uma ofensa ao mandamento contido no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: dez. 2012.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. 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.

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

HOBSBAWM, E. *Era dos extremos: o breve século XX*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, M. L. S. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O dever de proteção do Estado (*schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: dez. 2012.

UNIVERSITY of Texas at Austin School of Law. Institute for Transnational Law: foreign law translations. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=607>. Acesso em: dez. 2012.