

MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O DEVER DE HONESTIDADE NO NOVO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo

Recentemente a Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 – sofreu profundas modificações mediante a aprovação da Lei nº 14.230, em 25 de outubro de 2021, sancionada, sem vetos, pela Presidência da República, e publicada no Diário Oficial da União em 26/10/2021 (Edição 202/ Seção 1/página 4), data em que entrou em vigor (art. 5º).¹

O art. 11 *caput* sofreu uma alteração importante, não apenas no aspecto de sua tipologia, mas também quanto ao elemento subjetivo do agente – que deve consistir em ação ou omissão dolosa – o que, de resto já era exigido por firme jurisprudência.

Como se sabe, a regra se apoia na norma constitucional do art. 37, *caput* que determina à administração pública direta e indireta de todos os níveis obediência aos ***princípios*** da de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)."

Contudo, tanto a lei velha como a lei nova, falam em violação a deveres: na antiga, eram mencionados os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. A lei vigente menciona os deveres de

¹ Como não houve alteração no número da lei, iremos diferenciar uma da outra adjetivando-as: lei velha e lei nova.

honestidade, de imparcialidade e de legalidade – desaparecendo o dever de *lealdade* às instituições.

Diante dessa verdadeira *transsubstanciação* de princípios para deveres, urge conectar os deveres mencionados pela lei aos princípios referidos pela Constituição Federal. Ora, o dever de legalidade se conecta com o princípio da legalidade, no qual se pode entrever também o princípio da publicidade, e o dever de imparcialidade se liga ao princípio homônimo. A violação ao princípio constitucional da eficiência não foi considerada ato de improbidade administrativa.

Diante desse quadro, fica patente que o dever de honestidade tem ligação com o princípio da moralidade. A questão está em se saber qual o *conteúdo* desse princípio.

O princípio da moralidade administrativa foi introduzido no Direito Administrativo Francês por Maurice Hauriou, a fim de ensejar que o Conselho de Estado de França pudesse examinar aspectos do *mérito* do ato administrativo, que até então eram inexpugnáveis, cobertos pelo princípio da legalidade.

A *moral administrativa* de que falava o mestre de Toulouse, consistia na prática de ato administrativo *com abuso* ou *desvio do poder*: embora legal, se o ato administrativo não obedecesse a essas linhas morais, seria ilícito, porque feriria a moralidade administrativa. O ato administrativo, além de ser realizado conforme predispõe a lei, deve sempre ser praticado em prol do interesse público e, portanto, dentro do âmbito da moralidade administrativa, isto é, sem desvio ou abuso de poder.

Todavia, esse aspecto da moralidade administrativa – desvio ou abuso de poder – de que falava Hauriou, já era aceito pela doutrina brasileira

muito antes da Constituição Federal de 1988 consagrar expressamente esse princípio. O ingresso na análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário pelo viés do desvio ou abuso do poder já era admitido, sem contestação.

Com a evolução dos conceitos e institutos do Direito Administrativo, admiravelmente ampliados pelos estudos e reflexões da doutrina a respeito do Estado de Direito² novas técnicas e instrumentos para análise dos atos administrativos foram mais bem elaborados e passaram a ser incorporados aos princípios constitucionais (explícitos ou implícitos), de maneira a *modernizar e atualizar sua incidência*.

Ora, com base nessas premissas, é um verdadeiro retrocesso a exegese segundo a qual a Constituição de 88 teria inserido no universo jurídico *todas as regras da Moral*, isto é, o complexo de regras que são consagradas por determinada sociedade, em determinada época, e que orientam os homens em sua vida cotidiana, possibilitando uma convivência social harmônica e frutífera. Em geral, as regras e princípios morais não contam com uma sanção objetiva, exceto se forem positivados em regras jurídicas.³

Com efeito, se um dos esteios do Estado de Direito é o princípio da segurança jurídica⁴, conectar o princípio da moralidade administrativa a conceitos vagos, como atuação de acordo com padrões éticos ou morais⁵, tais como o decoro, a conduta honesta ou quejandos, sempre carregados de muito

² A respeito deve ser consultada a obra “O Estado de Direito”, do autor francês JACQUES CHEVALLIER, traduzido pelo autor e por Augusto Neves Dal Pozzo, edição Fórum.

³ Evidentemente, a matéria não é tão simples. Mas essas premissas são suficientes para este estudo.

⁴ Como se colhe em vários artigos da obra coletiva intitulada “Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo”, da editora Fórum e coordenada por Rafael Valim, José Roberto Pimenta Bueno e Augusto Neves Dal Pozzo.

⁵ Também não se ignora que a Ética é distinta da Moral, pois, em rápida síntese, a primeira busca explicar as regras morais de forma racional e, a segunda é o conjunto de regras adotadas por costume, numa certa época e que orienta o comportamento das pessoas.

subjetivismo, significa gerar nos cidadãos um sentimento de *insegurança* e de *intranquilidade*, pois, a rigor, a violação ao princípio da moralidade fica subordinada a critério arbitrário do julgador, sem um parâmetro normativo e positivo seguro.⁶

Por essas razões, tendo presente a constante evolução dos conceitos e institutos na esfera de um direito tão dinâmico como o Direito Administrativo (as necessidades ditadas pelo interesse público e as formas de intervenção estatal na vida das pessoas estão em permanente ebulição), consideramos que atender ao princípio da moralidade e, pois, agir em consonância com o dever de honestidade, significa que o agente público (de qualquer dos três Poderes do Estado) deve respeitar a ***confiança legítima do administrado***.

A confiança legítima é vista e sentida como uma das bases do Estado de Direito e está, sem dúvida, umbilicalmente ligada ao princípio da segurança jurídica e da moralidade administrativa.

Dessa opinião também participa Gabriel Valbuena Hernández, que assim se expressa a respeito:

“Por todo o exposto, o fato de que este princípio não se encontre regulado de forma explícita não obsta que as autoridades cumpram a obrigação de oferecer proteção às expectativas plausíveis dos administrados. Afinal essa é uma exigência mínima que deriva dos mais elementares postulados da ética pública e da *moralidade administrativa*”.⁷

⁶ Veja-se contundente crítica formulada pelo jurista Márcio Cammarosano, in “O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa” (Editora Fórum), a respeito da relatividade dos conceitos morais, no tempo e no espaço – p. 26.

⁷ In “La defraudación de la confianza legítima – aproximación crítica desde a teoría de la responsabilidad del Estado”, Ed. Universidade de Externado de Colombia; p.223. Sublinhamos.

Vejam, ainda que sucintamente, como o autor citado explica a noção de confiança legítima:

“A noção de confiança legítima está intimamente ligada à preocupação de proteger os particulares daquelas modificações normativas, de critérios e de posturas, que, embora sejam legais, se tornam juridicamente inadmissíveis em razão de seu caráter brutal e inopinado”.⁸

Como se observa com facilidade, a brusca e inesperada mudança de orientação realizada pelo Poder Público – desde que suas normativas anteriores tenham despertado a legítima confiança no administrado quanto a sua eficácia, validade e continuidade – não se reveste de *honestidade* ou, por outras palavras, fere o *princípio da moralidade administrativa*. Mesmo que o ato seja legal (como ocorria com aqueles julgados pelo Conselho de Estado de França), é imoral, administrativamente falando.

Outro autor, Pedro José Jorge Coviello, estudioso do tema, assim conceitua a confiança legítima:

“A proteção da confiança legítima é um instituto do direito público, derivado dos postulados do Estado de Direito, da segurança jurídica e da equidade, que ampara aqueles que de boa-fé acreditaram na validade dos atos (de alcance particular ou geral, sejam administrativos ou legislativos), comportamentos, promessas, declarações ou informes das autoridades públicas, que sejam juridicamente relevantes e eficazes para configurá-la, cuja anulação, modificação,

⁸ Obra citada; p. 195e 153.

revogação ou derrogação provoca um dano antijurídico nos afetados, erigindo-se, observados esses componentes, em um direito subjetivo que pode invocar o administrado e que consiste, em seu aspecto prático, na limitação dos efeitos da anulação por tratar-se de um ato (de alcance individual ou geral) inválido ou do reconhecimento do direito à uma indenização se aquela não for possível; se se tratar de um ato ou comportamento válido, sua continuidade ou permanência; e, nos casos de revogação ou modificação de atos válidos ou de derrogação de atos normativos (administrativos ou legislativos), na possibilidade de reconhecimento do direito a uma indenização.”⁹.

O respeito à confiança legítima dos administrados, portanto, deve ser o *atual conteúdo* do princípio da moralidade administrativa¹⁰, que assim supera a sua antiga concepção francesa e se afasta do inseguro subjetivismo das chamadas condutas morais jurisdicionalizadas.

Gabriel Valbuena Hernández indica como fundamentos constitucionais do princípio da confiança legítima o princípio da boa-fé, a cláusula de Estado Social de Direito e o princípio da equidade.¹¹

Pedro José Jorge Coviello, dentre outros fundamentos, destaca os dizeres do Preâmbulo da Constituição Argentina, que menciona “afianzar

⁹ In “La protección de la confianza del administrado”, Edição LEXISNEXIS – Abeledo-Perrot – Buenos Aires, 2004, p. 462.

¹⁰ Coviello também assinala: “A confiança legítima constitui uma extrapolação do ‘princípio da confiança’ do direito privado alemão, especialmente no direito das obrigações, como produto de desenvolvimento e evolução jurisprudencial na busca de *novas fórmulas e soluções equitativas e justas*” (obra citada, p. 39).

¹¹ Obra citada, p. 185 e seguintes.

la justicia” (*assegurar a justiça*) que está a garantir a realização da justiça quando e onde ocorra a segurança jurídica.¹²

O Preâmbulo da nossa Constituição Federal tem o seguinte teor:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a **justiça** como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O tema é amplo, inçado de dificuldades e polêmico. Mas, para os efeitos aqui considerados, essa pequena incursão é suficiente.

No debate processual a respeito da temática, a causa de pedir, para a imputação de infringência ao dever de *honestidade precisa evidenciar que o ato ou a omissão, motivados por dolo, contrariam a confiança legítima dos administrados*.¹³

¹² Obra citada, p. 377.

¹³ O princípio da confiança legítima nasceu do famoso caso chamado “viúva de Berlim”: a viúva de um servidor alemão recebeu do governo uma notificação segundo a qual, se mudasse sua residência para Berlim ocidental, faria jus a uma pensão, por morte de seu marido, ex servidor. Ela se muda às suas próprias expensas e passado algum tempo recebe outra notificação dizendo que, revendo o ato, ela em verdade não tinha direito àquela pensão. O Tribunal Administrativo Alemão, em 25 de outubro de 1957 confirmou a decisão segundo a qual ela não somente não deveria repor o que recebera como continuaria a receber a

Segundo Sylvia Calmes-Brunet, em seu excelente artigo sobre “Quelle consécration du principe de sécurité juridique em droit administratif français?”,¹⁴ a segurança jurídica comporta várias facetas e corolários: o princípio da legalidade, as bruscas mudanças da jurisprudência, a irretroatividade da lei, as medidas transitórias, *a proteção da confiança legítima*. De outro lado, prossegue a ilustre professora, de um ponto de vista estático, a segurança jurídica requer a previsibilidade e intelecção do ordenamento jurídico e as mudanças requerem obediência a certos institutos, como o direito adquirido, a coisa julgada, a prescrição.

Segundo a articulista, a segurança jurídica ainda permite dois enfoques diversos: (i) um *enfoque objetivo, coletivo e abstrato*; (ii) e outro, *subjetivo, individualista e concreto* de segurança (dos direitos) pela lei.

Sob o primeiro aspecto, a segurança jurídica visa “lutar contra a imprevisibilidade, a instabilidade do ordenamento jurídico em geral, assim como contra a proliferação normativa, o aumento de lacunas legislativas e degradação redacional das regras de direito”.¹⁵

Sob o *aspecto subjetivo, individualista e concreto*, “a proteção da confiança jurídica notadamente pode exigir a manutenção de uma situação jurídica favorável ao proveito do interessado. É levado em conta, caso a caso, os interesses pessoais e a subjetividade de sua apreciação das normas. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu desde os anos sessenta a cadeia de dedução sobre Estado de Direito – segurança jurídica – proteção da confiança legítima”. E conclui: “Mais precisamente, a **segurança jurídica**, que faz parte dos

pensão, dado que o ato da Administração havia defraudado sua confiança legítima. (cf. obra citada de Coviello, p. 37).

¹⁴ “Tratado sobre a Segurança Jurídica no Direito Administrativo”, Editora Fórum, vários autores, p. 95.

¹⁵ Obra citada, p.96.

elementos essenciais do Estado de Direito, dignifica em primeiro lugar a proteção da confiança legítima do cidadão”.¹⁶

Portanto, devemos abandonar as ideias de moralidade administrativa ligadas a conceitos éticos e morais. Nada mais vago e subjetivo que tais colocações, a ferir de maneira clara e insofismável a segurança jurídica.

A moralidade administrativa está, neste momento da evolução histórica do nosso Estado de Direito e dos estudos do Direito Administrativo, indissociavelmente ligada à *confiança legítima* – age de forma ímproba o agente político ou o agente público que defrauda a confiança do administrado. Fazê-lo pode até ser legal – mas será imoral.

O comportamento despertado pela confiança legítima que o administrado deposita no agente político ou no agente público deve prevalecer *mesmo contra a lei* – há um choque de princípios e o da legalidade deve ceder passo ao da moralidade.¹⁷ Trair *dolosamente* essa confiança legítima é o ato de improbidade administrativa de que agora falamos.

Dessa forma, em sua inicial, cabe ao autor demonstrar a confiança legítima do particular e o ato que a defrauda e que se caracteriza, pois, como infração ao dever de honestidade. Esse agravamento da confiança legítima deve estar bem caracterizado e comprovado pelo autor, de forma que inexoravelmente possa atribuir ao agente público, as pesadas sanções que incidem sob essa prática. Qualquer postura desencontrada desses requisitos nucleares, que determinam o sentido e alcance dos aludidos deveres, deve ensejar o indeferimento

¹⁶ Idem, ibidem. Grifos nossos.

¹⁷ Na 12a nota de rodapé, acima, verifica-se que o princípio da confiança jurídica prevaleceu em face do princípio da legalidade – mesmo não sendo legal o recebimento da pensão, o Estado continuou obrigado a pagá-la porque defraudou a confiança legítima da “viúva de Berlim”.

pronto da exordial, já que o mero ajuizamento da ação de improbidade representa ônus grave.