

Dubitando *Ad Veritatem Parvenimus*: da Responsabilidade do Legislador por Improbidade Administrativa na Edição de Leis Inconstitucionais de Efeitos Concretos

Dubitando Ad Veritatem Parvenimus: Legislators' Responsibility for Administrative Misconduct in Enacting Unconstitutional Laws with Concrete Effects

RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG/Universidade de Wisconsin (EUA), Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley (EUA), Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

Decisão Editorial: 29.02.2016

Comunicação ao Autor: 29.02.2016

RESUMO: O presente estudo busca analisar a responsabilidade de vereadores, deputados e senadores, no exercício da função legiferante, pela prática de improbidade administrativa, questão aqui escolhida para debate por representar, indubitavelmente, um dos grandes desafios do combate à corrupção na contemporaneidade. Assim é que, a partir das contribuições trazidas pela legística material, procura-se estabelecer o “fechamento hermenêutico” das normas que regem a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais acerca da responsabilidade do legislador pela prática de improbidade, concluindo que, ao aprovarem lei inconstitucional de efeitos concretos que autoriza agentes a praticarem determinados atos, deputados, senadores e vereadores devem responder, conjuntamente com aquele que lhe conferir executividade, pelas sanções previstas na Lei nº 8.429/1992.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica constitucional; improbidade administrativa; responsabilidade do legislador.

ABSTRACT: This study analyzes the responsibility of council members, deputies and senators, in the exercise of legislative function, by practicing administrative misconduct. It considers the contributions made by legistics to establish a “hermeneutical closure” of rules governing the interpretation of constitutional norms and statutes about the responsibility of legislators in misconduct practices. We conclude that, by enacting an unconstitutional law with concrete effects that authorize other agents to practice certain acts, deputies, senators and council members should be jointly responsible with the agent that enforced the law.

KEYWORDS: Administrative misconduct; constitutional hermeneutics; legislators responsibility's.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da responsabilidade do legislador por improbidade administrativa na edição de leis inconstitucionais de efeitos concretos; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade de agentes públicos pode acarretar consequências em três esferas: a civil, a penal e a administrativa. Na esfera penal, o agente responderá pelo ato tipificado em lei como crime ou contravenção. Na esfera administrativa, o ato pode caracterizar infração às normas administrativas previstas na legislação que disciplina a matéria. Por fim, na esfera cível, o ato poderá acarretar a responsabilidade pelos danos materiais, morais ou estéticos.

Não obstante a importância dessa classificação, é possível identificar uma quarta esfera de responsabilidade de agentes públicos, decorrente da prática de atos de improbidade administrativa. Isso porque a aplicação das sanções previstas na Lei Federal nº 8.429/1992 ocorre em processo judicial autônomo, sem afastar a responsabilidade do agente no âmbito civil, criminal e administrativo.

No âmbito constitucional, a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa encontra previsão no art. 37, § 4º, da Carta Magna:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Trata-se de norma de eficácia limitada, cuja aplicabilidade ganhou alcance prático com a edição da Lei Federal nº 8.429/1992. O diploma definiu contornos concretos para os princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade administrativas, com base no art. 37, *caput*, da Constituição, impondo ao agente público o exercício de suas atribuições orientado por padrões de comportamento que se baseiam na imparcialidade, na honestidade e na probidade. O legislador constituinte e o infraconstitucional instituíram balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas que, de alguma forma, busquem finalidade diversa do interesse público.

Assim, a improbidade administrativa pode ser entendida como uma imoralidade administrativa qualificada (Martins Júnior, 2009, p. 119), em razão de sua ilicitude acentuadamente grave.

Contudo, passados mais de vinte anos da edição da Lei nº 8.429/1992, algumas conclusões parecem possíveis.

Com efeito, tal diploma legislativo constitui um grande avanço em termos de controle judicial da Administração Pública, munindo a sociedade brasileira,

em última análise, de importantes ferramentas para a repressão e a prevenção do mau uso da coisa pública.

Por outro lado, igualmente inegável que a sua aplicação tem sido fonte de insegurança aos jurisdicionados. Afinal, não raras vezes é aplicado a situações que não deveriam estar sob o seu julgo, assim como, em tantas outras, tem deixado de ser aplicada, quando deveria sê-lo.

Mais recentemente, a Lei Federal nº 12.846/2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”, veio a ampliar a tutela do patrimônio público, ao dispor acerca da responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Nesse contexto, o presente estudo objetiva, ao fazer uso do raciocínio *hipotético-dedutivo* e valer-se de dados de natureza *primária* (acórdãos e leis) e *secundária* (entendimentos doutrinários), analisar a possibilidade de responsabilização de vereadores, deputados e senadores, no exercício da função legislativa, pela prática de atos de improbidade administrativa, em razão da edição de leis inconstitucionais de efeitos concretos.

Esse o nosso plano de estudos. Passemos à sua concretização.

1 DA RESPONSABILIDADE DO LEGISLADOR POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA EDIÇÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS DE EFEITOS CONCRETOS

A teoria da responsabilidade estatal foi desenvolvida para permitir o ressarcimento de prejuízos decorrentes da prática de atos administrativos.

Inicialmente, a teoria da não responsabilização do Estado baseava-se na ideia de que não era possível ao ente público, personificado na figura do rei, lesar seus súditos. Assim, como o monarca não cometia erros, não se afigurava possível pleitear eventual reparação pelos danos causados.

Influenciada pelo liberalismo, a teoria da responsabilidade por culpa comum pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, tornando-o responsável quando seus agentes atuassem com culpa ou dolo e incumbindo ao particular o ônus de demonstrar a existência do elemento subjetivo (responsabilidade subjetiva).

De outro modo, a teoria da responsabilidade civil por culpa administrativa ou culpa anônima não desconsidera a indispensabilidade do elemento subjetivo, mas não exige a demonstração da culpa/dolo de determinado agente público. Em outras palavras, a responsabilidade do Estado independe da individualização do agente que agiu ao menos culposamente, bastando a demonstração, pelo particular, do dano, nexa e falha no serviço. No Brasil, é a teoria adotada, em regra, quando ocorre omissão do Estado, seja pela não prestação ou pela prestação deficiente de um serviço público.

Por fim, a teoria do risco administrativo torna dispensável a demonstração da falta do serviço ou da culpa do agente público: em existindo dano decorrente de uma atuação de um agente, deve o Estado reparar o particular, objetivamente, sem prejuízo da análise de excludentes. Trata-se de teoria encampada pelo art. 37, § 6º, da Constituição, regendo especialmente as hipóteses de responsabilidade pela prática de atos comissivos praticados por agentes públicos.

No que concerne especificamente ao campo dos atos legislativos, nosso ordenamento não admitia a responsabilidade civil do Estado. O Poder Legislativo, a rigor, possui duas funções típicas: editar atos normativos primários, aptos a inovar o ordenamento jurídico, e fiscalizar a atuação de toda a Administração Pública. Com efeito, a lei age de forma geral, abstrata e impessoal e suas determinações constituem ônus generalizados impostos a toda a coletividade. Por esse motivo, sustentava-se ser incabível a responsabilidade do Estado pelo ato de legislar, uma vez que a lei é ato de soberania e deve ser cumprida pelos cidadãos de forma coercitiva.

Contudo, mais recentemente, a jurisprudência passou a admitir a condenação do Estado em razão de prejuízos derivados de atos legislativos (art. 37, § 6º, da Constituição). A responsabilidade estatal por danos causados por leis inconstitucionais vem sendo reiteradamente admitida pelo Supremo Tribunal Federal, desde que a vítima demonstre especial e anormal prejuízo decorrente da norma inválida e a declaração formal de inconstitucionalidade da lei. Esse entendimento tem prevalecido, também, diante de danos causados em razão da omissão legislativa do Estado, como ocorre, por exemplo, com a não efetivação da revisão geral da remuneração dos servidores públicos¹.

Portanto, a responsabilidade do legislador vem sendo amplamente admitida pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne à reparação de danos decorrentes de leis inconstitucionais ou de efeitos concretos.

Nesse liame, o principal questionamento que pretendemos enfrentar neste trabalho diz respeito à possibilidade de o agente público, no exercício da função de legislar, ser responsabilizado (e em que medida) pela violação aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

Imaginemos, por exemplo, hipótese em que vereadores de determinado município aprovem lei de efeitos concretos, autorizando o Chefe do Poder Executivo Municipal a firmar contrato de doação de determinado imóvel, mesmo sabendo que o projeto de lei não encontra amparo em interesse público justificado. Ora, é evidente que qualquer cidadão gostaria de receber em doação bens públicos, agregando ao seu patrimônio imóvel sem quaisquer ônus. Nesse caso, ao legislares para atender a interesses particulares, os vereadores acabam

1 BRASIL. STF, AgRg-RE 548.967, Relª Min. Carmen Lúcia, J. 20.11.2007.

por extrapolar o poder que lhes é conferido constitucionalmente, atuando com finalidade diversa daquela prevista na norma constitucional que lhes atribui competência para aprovarem normas de caráter geral e abstrato.

É preciso deixar claro que diplomas normativos como o mencionado em nosso exemplo têm natureza formal de lei de efeitos concretos, mas, substancialmente, refletem verdadeiro atos administrativos, uma vez que não apresentam abstração ou generalidade. A propósito, a lição de Hely Lopes Meirelles:

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido [...]. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança (RT 242/314, 289/152, 291/171, 441/66) (pela ação popular e pela ação civil pública também). (Meirelles, 2007, p. 41-42)

Seria possível, em casos tais, responsabilizar os agentes públicos na seara da improbidade administrativa?

Sobre o tema, existem basicamente duas correntes.

A primeira delas defende a impossibilidade de se responsabilizar o agente público pela edição de lei de efeitos concretos, sob o argumento de que a imunidade parlamentar serve de obstáculo à responsabilidade estatal. Vereadores, deputados e senadores são invioláveis por seus votos, nos termos do art. 29, VIII, e art. 53, ambos da Constituição, razão pela qual não podem ser responsabilizados pela aprovação de projetos de lei. Advoga-se, ainda, que responsabilizar agentes públicos pela prática de improbidade administrativa seria uma afronta à atividade legislativa e à necessidade de demonstração de dolo ou culpa no agir.

De outro modo, tratando-se, tão somente, de lei de efeitos concretos, com o correspondente resultado previamente determinado (doação de determinado bem); que materializa, em verdade, ato administrativo; e que viola os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e supremacia do interesse público, parte da doutrina e da jurisprudência sustenta a possibilidade de sua invalidação pelo Poder Judiciário e consequente responsabilização dos responsáveis pela prática de improbidade².

2 Como se não bastasse, o art. 22, XXIII, da Constituição Federal dispõe que incumbe privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É verdade, ainda, que o Município possui a atribuição para legislar sobre doações, assunto de interesse local, mas não podem ser desconsiderados os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993, sob pena de afronta ao

A ação por improbidade administrativa não é meio processual adequado para impugnar ato legislativo propriamente dito. Isso não significa, todavia, que todos os atos a que se denomina formalmente de “lei” estejam infensos ao controle jurisdicional por seu intermédio. Leis que usualmente passaram a receber a denominação de “leis de efeitos concretos”, e que são antes atos administrativos que legislativos, embora emanados do Poder Legislativo, podem ter sua eventual lesividade submetida a controle pela via da ação por improbidade administrativa. (Decomain, 2007, p. 64-66)

Entendemos que razão assiste à segunda corrente. Isso porque o Legislativo tem o poder-dever de aprovar leis que agasalhem o interesse público e o Executivo tem o poder-dever de aplicá-las de ofício. Contudo, ao legislador é vedado editar leis inconstitucionais que desconsiderem o interesse público. Não é essa a atitude que se espera de agente político que deve, sempre, buscar o bem comum. Em se tratando de lei equiparada a ato administrativo, todos os responsáveis pela aprovação e implementação do diploma incorrem em improbidade, sujeitando-se, portanto, às sanções previstas na Lei Federal nº 8.429/1992, nos termos de seu art. 3º:

As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Não bastasse, dispõe ainda a Lei Federal nº 12.846/2013 que:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Em assim sendo, ao aprovarem lei inconstitucional de efeitos concretos que autoriza outros agentes a praticarem determinados atos, deputados, senadores e vereadores deverão responder, a nosso ver, conjuntamente com o

art. 22, XXIII, da Constituição. Frise-se, por oportuno, que o art. 37, XXI, da Constituição ainda dispõe que, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Ademais, a obrigação de realizar licitação, sob a modalidade de concorrência, está definida em lei federal, mais precisamente no art. 17, I, da Lei nº 8.666/1993: “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...] b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; [...]”.

agente que lhe conferir executividade e eventuais pessoas físicas e jurídicas³ que tenham contribuído para sua implementação, pela prática de improbidade administrativa. No mesmo sentido, Fábio Medina Osório admite “a submissão dos atos tipicamente legislativos à Lei de Improbidade quando a norma ostentar verdadeira feição de ato administrativo, ou seja, operar diretamente efeitos concretos” (Osório, 1998, p. 106).

Urge ponderar, contudo, que nem todos os que participaram da votação devem responder pela prática de improbidade administrativa, como se todos os membros da Câmara Municipal, Assembleia Legislativa, Câmara dos Deputados ou Senado Federal devessem figurar no polo passivo da demanda. Segundo entendemos, apenas aqueles que tenham votado favoravelmente à aprovação do diploma normativo é que incorrem na prática de improbidade, uma vez que incabível a responsabilização sem que esteja demonstrado o dolo ou a culpa.

O argumento de que vereadores, deputados e senadores são invioláveis por seus votos, nos termos do art. 29, VIII, e art. 53, ambos da Constituição, isentando-os de responsabilidade pela aprovação dos projetos de lei, também não merece, a nosso ver, melhor sorte. Isso porque, ao interpretar desse modo os mencionados dispositivos, a inviolabilidade constituiria verdadeira cláusula de irresponsabilidade dos agentes políticos. Por esse motivo, a norma sobre a inviolabilidade deve ser interpretada restritivamente: a não responsabilidade incide, apenas, nos campos penal e civil. Conforme ressaltamos anteriormente, a improbidade administrativa não tem caráter penal, já que a própria Constituição cuidou de ressaltar que as penalidades deveriam ser fixadas sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4º). Ressalte-se, ainda, que as penalidades previstas na Lei Federal nº 8.429/1992 são aplicáveis independentemente dos crimes de responsabilidade, previstos na Lei Federal nº 1.079/1950. Não se ol-

3 Ressalte-se, por oportuno, que a Lei Federal nº 12.846/2013, em seu art. 5º, dispõe ainda que “constituem atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei; III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV – no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública; V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

vide, também, que, entre as penas previstas na Lei nº 8.429/1992, algumas delas têm natureza civil (o ressarcimento dos danos e a multa). Contudo, as demais sanções não têm natureza civil. Ora, a suspensão dos direitos políticos constitui sanção de natureza política; a perda da função pública e a proibição de contratar com o Poder Público têm natureza administrativa e, por fim, a proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios tem natureza fiscal e administrativa.

Por esses motivos, entendemos que a prática do voto por um parlamentar e a cláusula de imunidade não são capazes de afastar a responsabilidade do agente público, especialmente quando implica a prática de improbidade administrativa. Em última instância, para aqueles que assim entendem, a inviolabilidade abrangerá eventuais sanções de natureza civil, o que não impossibilita a aplicação de outras penalidades, as quais possuem natureza diversa. Contudo, a cláusula de inviolabilidade prevista constitucionalmente não tem sequer o condão de afastar as sanções de natureza civil. Isso porque o *telos* da norma abrange apenas aquelas condutas praticadas em conformidade com a Constituição. Em outras palavras, ao se valer do voto para aprovar lei de efeitos concretos que viola frontalmente a Carta Magna, essa conduta não encontra amparo na cláusula de inviolabilidade, que deve ser interpretada restritivamente.

Conforme ressaltamos anteriormente, o neoconstitucionalismo pretende superar a legalidade estrita, buscando a implementação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais que primem pela defesa da moralidade e honestidade na atuação do Legislador⁴. Por esse motivo,

acompanhamos, sem restrições, a lição de Eduardo Sotto Kloss: “Quem diz Direito diz, pois, responsabilidade. Perfilhamos ainda seu entendimento de que a ideia de República (*res publica* – coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, ‘onde não há sujeitos fora do Direito’”. (Bandeira de Mello, 2003, p. 943)

Assim, a unicidade do fenômeno hermenêutico demanda a devida responsabilização daquele que, agindo em contrariedade com a Constituição, pretende favorecer interesses particulares.

E nem se afirme que, assim o fazendo, aplicar-se-ia à política a mesma lógica do sistema judicial, desconsiderando os códigos operacionais desses sistemas. Por mais paradoxal que possa parecer, para Luhmann (1985) o fechamento operacional do sistema permite a sua *abertura cognitiva* e, desse modo, o Direito porta-se como um sistema aberto para as demandas sociais, venham

4 Nesse sentido, conferir: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, p. 133.

elas de qualquer outro sistema (política, economia, entre outros). O *sistema da política* possui estrutura similar e também exerce uma *função* que o diferencia no interior da sociedade, qual seja, a de formular decisões que vinculem a coletividade, baseando-se no código situação/oposição (Campilongo, 2000). A diferenciação entre Direito e Política não significa o isolamento desses dois sistemas. Existe um canal de comunicação entre eles, mas essa comunicação é estruturalmente especificada pela Constituição. A Constituição, na modernidade, surge como o meio adequado para a comunicação entre a Política e o Direito (Neves, 2009). Em outras palavras, a Constituição fornece “os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito” (Corsi, 2001, p. 173).

Em princípio, o Legislativo e o Judiciário desempenham atribuições diversas e bem definidas. O Legislativo encontra-se imerso em um contexto com um alto grau de complexidade, em que é vasto o plexo de matérias que se pode tornar objeto de seleção/decisão. Daí a necessidade de uma programação teleológica, própria da produção legislativa, canalizando o desejo de mudança do Direito vigente (Corsi, 2001).

A programação condicional, tipicamente utilizada na aplicação das leis pelo Judiciário, diverge diametralmente desse estado de coisas. Ela assume uma relação de *se/então*, ou seja, ocorrida uma hipótese, tem-se uma determinada consequência. Isso é provido pelo filtro do Legislativo, que dá ao Direito um *programa* sob a forma da *condição se/então* (Corsi, 2001).

Devemos ressaltar que essa associação entre programação teleológica e Poder Legislativo, de um lado, e programação condicional e Poder Judiciário, de outro, não se dá de forma hermética. É claro que o Judiciário opera com programações teleológicas, como acontece com os princípios constitucionais ou com as normas classificadas pela doutrina constitucional brasileira de programáticas. O que se pretende deixar claro é o primado da atuação de cada uma das espécies de programação. No Legislativo, há um primado operacional de programações teleológicas. No Judiciário, ao contrário, prevalecem as programações condicionais. Em assim sendo, é possível concluir que:

No transcurso do processo histórico de afirmação do constitucionalismo, o novo telos jurídico-civilizacional do Ocidente se configura em torno da Constituição como referencial de fundação, preservação, validação, legitimação, dinamização e atualização do sentido e do alcance do senso de juridicidade/antijuridicidade do Direito. E, ao longo das fases do constitucionalismo, as normas, os atos e as omissões passaram a ser aferíveis, no Direito, pela sua adequação ou inadequação com o senso de juridicidade/antijuridicidade decorrente da Constituição.⁵

5 OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 230.

Ao interpretar as normas constitucionais, não se pode aplicar à política a mesma lógica do Direito: o Judiciário, ao atuar principalmente com programações condicionais, não pode permanecer inerte diante da necessidade de responsabilização de agentes públicos, especialmente porque as normas passaram a ser aferíveis, no Direito, pela sua adequação ou inadequação com o senso de juridicidade/antijuridicidade decorrente da Constituição. Não fosse assim, teríamos cláusula de irresponsabilidade de parlamentares e violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, uma vez que eventuais leis de efeitos concretos, verdadeiros atos administrativos, contaminadas com desvio ou abuso de poder, seriam intangíveis pelo Judiciário, violando a Constituição.

Nesse liame, bastaria a aprovação de uma lei para que eventuais agentes públicos pudessem praticar condutas que viessem a isentá-los de responsabilidade, uma vez que os parlamentares estariam respaldados pela inviolabilidade, e os executores, porque teriam praticado conduta em conformidade com a lei⁶.

6 Sobre o tema, vale a pena ressaltar a ementa do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Ação civil pública por improbidade administrativa. Malferimento a princípios que norteiam a Administração Pública. Aprovação de lei que transformou área rural em área de expansão urbana. Tentativa de regularização de loteamento clandestino. Possíveis danos ao meio ambiente. Recurso voltado contra a decisão que excluiu da lide os vereadores da câmara municipal. Edis podem ser réus em ação civil pública por improbidade administrativa, porquanto a imunidade civil e penal não abrange atos dessa natureza. Recurso ao qual se dá provimento” (TJSP, Câmara Especial do Meio Ambiente, AI 516.428-5/9-00, 30.11.2006, Comarca de São José dos Campos/SP, Agravante: Ministério Público, Agravado: Henrique Martins Filho e outros). O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no mesmo sentido: “Administrativo. Ação civil pública. Improbidade. Majoração ilegal da remuneração e posterior transformação em ajuda de custo sem prestação de contas. Dano ao Erário. Obrigação de ressarcir o comalvido cofre municipal. Restabelecimento das sanções cominadas na sentença. 1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra prefeito, vice-prefeito e vereadores do Município de Baependi/MG, eleitos para a legislatura de 1997/2000, imputando-lhes improbidade pelas seguintes condutas: a) edição das Leis nºs 2.047/1998 e 2.048/1999, fixando seus subsídios para a mesma legislatura – em contrariedade aos arts. 29, V, e 37, XI, da Constituição –, sobretudo porque baseados em dispositivo da EC 19/1998 não regulamentado; e b) edição, num segundo momento, da Lei nº 2.064/1999, que suspendeu as leis antes mencionadas e transformou em ajuda de custo os valores majorados às suas remunerações, independentemente de comprovação de despesas, com vigência até a regulamentação pendente. [...] 6. A edição de leis que implementaram o aumento indevido nas próprias remunerações, posteriormente camuflado em ajuda de custo desvinculada de prestação de contas, enquadra a conduta dos responsáveis – tenham agido com dolo ou culpa – no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário, sujeitando-os às sanções previstas no art. 12, II, da mesma lei. 7. No próprio acórdão consta que havia manifestações do Tribunal de Contas e do STF em sentido contrário à conduta por eles adotadas. 8. A ausência de exorbitância das quantias pagas não afasta a configuração da improbidade nem torna legítima sua incorporação ao patrimônio dos recorridos. Módicos ou não, os valores indevidamente recebidos devem ser devolvidos aos cofres públicos. Precedente do STJ. [...] 13. Recurso especial parcialmente provido” (REsp 723.494/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, J. 01.09.2009). E mais recentemente: “Administrativo. Processual. Improbidade administrativa. Majoração de subsídios de vereadores. Incidência das Súmulas nºs 280/STF e 7/STJ. Aplicabilidade da LIA a agentes políticos. Elemento subjetivo. [...] 12. Inexiste, *in casu*, restrição à aplicabilidade da LIA. Não se cuida aqui de ato legislativo típico, de conteúdo geral e abstrato. Debate-se aqui norma de autoria do presidente da Câmara, cujos efeitos são concretos e delimitados à majoração de subsídios próprios e dos demais vereadores, em manifesta afronta ao texto constitucional e a despeito de inúmeros alertas feitos por instituições civis e pelo Ministério Público. 13. Em situações análogas, o STF e o STJ admitiram o repúdio de tal conduta com amparo na LIA, sem cogitar da aludida presunção de legitimidade/legalidade, por se tratar de ato ímprobo amparado em norma (cf. STF, RE 597.725, Relª Min. Cármen Lúcia, publicado 25.09.2012; STJ, AgRg-REsp 1.248.806/SP, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe 29.06.2012; REsp 723.494/MG, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 08.09.2009; AgRg-Ag 850.771/PR, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJ 22.11.2007; REsp 1.101.359/CE, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJe 09.11.2009). 14. Precedente desta

Não bastasse, a tese da imunidade civil e penal resta ainda enfraquecida pela percepção de que o desvio de finalidade decorre do fato de que é vedado editar leis inconstitucionais que desconsiderem o interesse público. Indubitavelmente, não é esta a atitude que se espera de agente político que deve, sempre, buscar o bem comum. Pensamento contrário permitiria criar casta de servidores que estaria a salvo do crivo do Poder Judiciário, inclusive em hipóteses de malversação de recursos, em contrariedade ao intento da Constituição e da Lei Federal nº 8.429/1992. A função legislativa também se subordina aos princípios que balizam os atos administrativos, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição, especialmente os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

E não se venha a confundir a inconstitucionalidade com a improbidade. Se houver ilegalidade na condução do processo legislativo, a apuração deve se dar sob a égide normogênica. A inconstitucionalidade pode causar o afastamento da norma do mundo jurídico pelos meios ordinários de controle, o que, contudo, não é suficiente à caracterização de improbidade. Diversamente é a hipótese aventada, em que muitas vezes há a formação de conluio entre membros do Poder Legislativo e terceiros, com interesse direto no diploma normativo a ser elaborado.

Em suma, ao aprovarem lei inconstitucional de efeitos concretos que autoriza outros agentes a praticarem determinados atos, não há dúvidas de que deputados, senadores e vereadores deverão responder, conjuntamente com o agente que lhe conferir executividade, pela prática de improbidade administrativa, em decorrência da moralidade e da honestidade que devem nortear a atuação do Legislador.

CONCLUSÃO

Em que pese a tradicional divisão da responsabilidade de agentes públicos em três grandes esferas (civil, penal e administrativa), não se pode ignorar o papel singular que vem assumindo a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

Turma, relatado pelo eminente Ministro Castro Meira, lastreado em doutrina de Pedro Roberto Decomain, no sentido de que 'a ação por improbidade administrativa não é meio processual adequado para impugnar ato legislativo propriamente dito. Isso não significa, todavia, que todos os atos a que se denomina formalmente de 'lei' estejam infensos ao controle jurisdicional por seu intermédio. Leis que usualmente passaram a receber a denominação de 'leis de efeitos concretos', e que são antes atos administrativos que legislativos, embora emanados do Poder Legislativo, podem ter sua eventual lesividade submetida a controle pela via da ação por improbidade administrativa' (REsp 1.101.359/CE, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJe 09.11.2009), 15. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido" (REsp 1316951/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 13.06.2013).

Ora, os agentes públicos devem exercer suas atribuições orientados por padrões de comportamento que se baseiam na imparcialidade, na honestidade e na probidade, pautando-se em padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atuem.

Nesse liame, o neoconstitucionalismo pretende, sem recorrer a categorias metafísicas, estabelecer uma leitura moral e ética do Direito. Há uma necessária reaproximação entre o Direito e a Filosofia, buscando-se a implementação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais a partir da dignidade humana.

Por esse motivo, ao aprovarem lei inconstitucional de efeitos concretos que autoriza outros agentes a praticarem determinados atos, vem prevalecendo corrente jurisprudencial que entende que deputados, senadores e vereadores devem responder, conjuntamente com o agente que lhe conferir executividade, pela prática de improbidade administrativa.

Frise-se, por oportuno, que não vem encontrando guarida o argumento de que seriam invioláveis por seus votos, nos termos do art. 29, VIII, e art. 53, ambos da Constituição. Isso porque, à luz do princípio da supremacia da Constituição e da unicidade do fenômeno hermenêutico, tem-se entendido, majoritariamente, ser possível responsabilizar aquele que, agindo em contrariedade com a Carta Magna, pretende favorecer interesses particulares. Não fosse assim, teríamos cláusula de irresponsabilidade de parlamentares e violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, uma vez que eventuais leis de efeitos concretos, verdadeiros atos administrativos, contaminadas com desvio ou abuso de poder, seriam intangíveis pelo Judiciário.

Em suma, a partir das recentes conquistas obtidas pela hermenêutica constitucional, tem-se admitido a responsabilidade dos parlamentares, em decorrência da moralidade e da honestidade que devem nortear a atuação do legislador. Ao se ignorar essa perspectiva, corre-se o risco de se fazer uma interpretação que desconsidera a integração dos diversos diplomas legais destinados a tutelar, de forma efetiva, o patrimônio público.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO,

- Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 203-249, 2007.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Trad. Juliana Neuenschwander. Belo Horizonte, n. 39, jan./jun. 2001.
- COSTA, Rafael de Oliveira. Hermenêutica constitucional e hermenêutica filosófica: horizontes da previsibilidade das decisões judiciais. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 44, p. 122-141, 2014.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Rio de Janeiro: Landy, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: *No hay derecho*, Buenos Aires, a. 5, n. 11, ago./out. 1994.
- _____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 1998.
- _____. *Sociologia do Direito I e II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- _____. The self-reproduction of law and its limits. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, 2002.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: SÍNTESE, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.