

IMPROBIDADE É SINÔNIMO DE DESONESTIDADE?

EMERSON GARCIA *

SUMÁRIO: 1. Aspectos introdutórios. 2. As especificidades da “*linguagem para propósitos específicos*”. 3. A improbidade administrativa enquanto manifestação da injuridicidade. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

O signo linguístico *improbidade* há muito frequenta os padrões normativos editados em *terra brasiliis*. Nossa primeira Constituição republicana, em seu art. 54, § 6º, em redação reproduzida pelos sucessivos textos constitucionais, considerava crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer atentado à “*probidade da administração*”, e a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 482, a, incluiu o “*ato de improbidade*” entre as situações que justificam a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Apesar da previsão normativa, não havia a preocupação de definir o que se deve entender por improbidade, tarefa transferida à doutrina e à jurisprudência, que se desincumbiam desse *munus* com observância da funcionalidade da norma e das especificidades do respectivo ramo do direito. Com os olhos voltados à linha inaugural de nossas considerações, é factível que a improbidade no plano político-constitucional assumirá contornos distintos da improbidade praticada no âmbito de uma relação de trabalho.

Em qualquer caso, ainda que a norma não ofereça uma definição exata de *improbidade*, a densificação do seu conteúdo há de principiar pela base semântica oferecida ao intérprete. A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, indicando aquilo que brota bem (*pro* + *bho* - da raiz *bhu*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia - Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Revista de Direito e Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia - Holanda).

etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso. Esse uso terminou por relegar a pureza linguística a plano secundário, tendo sido consagrado o uso figurado. Nesse particular, observa-se que a linguagem é um fenômeno essencialmente cultural, absorvendo sons, unidades de significado e estruturas gramaticais de modo intimamente interligado ao contexto de sua utilização.¹ Esse contexto aponta não só para os aspectos circunstanciais que envolvem a comunicação, como, principalmente, para a base cultural que confere sustentação à linguagem,² base esta que reflete a identidade construída e os projetos de aperfeiçoamento de uma sociedade, absorvendo os símbolos e as ações que a caracterizam.³

Como derivação do designativo individual (*probus*), tem-se a variante caracterizadora de tal qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham a probidade. Probidade, no âmbito da linguagem ordinária, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.⁴

Com os olhos exclusivamente voltados à linguagem ordinária e totalmente indiferentes ao seu entorno, não poucos doutrinadores têm defendido que “*os atos de improbidade administrativa*” a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, devidamente regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, nada mais são que atos desonestos. A partir dessa linha argumentativa, que poderíamos denominar de “monocular”, isso em razão de sua limitada noção de profundidade, chegam a conclusões cuja principal funcionalidade é a de limitar o potencial expansivo da Lei de regência. É o caso da tese da inconstitucionalidade do ato de improbidade culposo previsto em seu art. 10, isso porque ninguém pode ser desonesto culposamente,⁵ e, por razões similares, da necessária exigência de má-fé para a configuração da improbidade administrativa. O objetivo dessas breves linhas é, simplesmente, o de oferecer alguns referenciais argumentativos que contribuam para a identificação do equívoco desse entendimento.

1 Cf. MERTZ, Elisabeth. *The language of Law school: learning to “think like a lawyer”*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 45.

2 Cf. HÄBERLE, Peter. *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 32. Jg. Heft 22-23, 2005, p. 685-688.

3 Cf. BARRON, Anne. *Acquisition in interlanguage pragmatics: learning how to do things with words in a study abroad context*, Volume 108 de *Pragmatics & beyond*. Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2003, p. 24.

4 Com sentido similar, tem-se: *probitad* (Espanha); *probità* (Itália); *probité* (França); *integrity* (EUA); e *Rechtschaffenheit* (Alemanha).

5 Cf. ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro, in BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Resende (orgs.). *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 89; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Improbidade Administrativa. Alguns Aspectos controversos*, in *Revista do TRF-5ª Região* nº 56/336, 2004; BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. Belo Horizonte: Livraria DelRey Editora, 2005, p. 115; e FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A Probidade na Administração Pública*, in *Boletim de Direito Administrativo* agosto/2002, p. 621.

2. As especificidades da “linguagem para propósitos específicos”

A crescente ampliação do universo de conhecimento e de atuação dos seres humanos torna inevitável que o processo de comunicação linguística sofra sucessivos refinamentos, de modo a aumentar a sua precisão e, conseqüentemente, a evitar o surgimento de interferências, responsáveis pelo comprometimento da compreensão da mensagem veiculada. Nessa linha, é natural o surgimento das “*linguagens para propósitos específicos*”,⁶ como é o caso da linguagem jurídica. Essas linguagens, juntamente com a linguagem ordinária, situam-se sob a epígrafe mais ampla da linguagem convencional.

A linguagem jurídica, analisada sob a ótica dos signos linguísticos utilizados, costuma ser caracterizada por um arquétipo básico, que se reflete no emprego de (1) termos técnicos, com significados puramente técnicos; (2) termos técnicos com significados comuns; (3) termos ordinários com significados comuns;⁷ (4) termos ordinários com significados incomuns; (5) termos de origem estrangeira, especialmente latina; e (6) termos técnicos ou ordinários, vagos ou ambíguos,⁸ daí decorrendo uma polissemia interna (significados distintos na própria linguagem jurídica) ou uma polissemia externa (um significado na linguagem ordinária e outro na linguagem jurídica),⁹ o que aumenta o risco de interferências no processo de comunicação. Não é por outra razão que, na atualidade, a linguagem estritamente jurídica, pelas barreiras que cria, não tem se mostrado um meio totalmente eficaz à veiculação dos conteúdos jurídicos.¹⁰ Distanciar-se do *egocentrismo* e aproximar-se do *conhecimento mútuo* é o grande desafio a ser enfrentado tanto pelas autoridades responsáveis pela elaboração dos textos normativos, como pelo intérprete, aumentando, com isso, as chances de sucesso no processo de comunicação normativa.

Apesar das especificidades da linguagem jurídica e das dificuldades que oferece para a sua exata compreensão, existem diversos fatores que concorrem para a atribuição de significado às expressões linguísticas utilizadas e contribuem para a diminuição dos seus níveis de polissemia e ambigüidade. Com os olhos voltados à compreensão dos denominados “*atos de improbidade*”, realçamos um fator em particular, que é o contexto.

O contexto reflete o universo existencial do enunciado linguístico interpretado, podendo ser visto sob uma perspectiva linguística ou não linguística. Aliás,

6 Cf. VIOLA, Francesco e ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 6ª ed.. Roma: Laterza, 2009, p. 278 e ss...

7 Cf. VILLAR PALASI, José Luis. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1975, p. 98.

8 Cf. AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, vol. I. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 116.

9 Cf. CONSTANTINO PETRI, Maria José. *Manual de Linguagem Jurídica*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 30-31.

10 Cf. SCHNEIDERREIT, Gaby. *Legal Language as a Special Language: Structural Features of English Legal Language*. Germany: Green Verlag, 2007, p. 4.

remonta aos romanos o brocardo “*lex non est textus sed contextus*”. Alguns autores reservam o designativo *contexto* ao universo linguístico, referindo-se ao não linguístico como *situação*.¹¹

O contexto linguístico alcança todos os fatores de natureza homônima que apresentem algum tipo de conexão com o enunciado interpretado, o que pode redundar em sucessivos níveis de dependência e generalidade, principiando pelas relações com os demais signos e enunciados inseridos no texto: avançando pelas relações do texto com outros textos, até alcançar as relações entre conjuntos de textos, cada qual representando um sistema específico. Não é incomum que o contexto linguístico seja dividido em distintos setores disciplinares, formando universos distintos e relativamente independentes, de modo que as conexões linguísticas permaneçam adstritas a cada um desses setores. Essa separação é particularmente perceptível em relação aos distintos ramos do direito, sendo possível que um mesmo signo linguístico ostente significados diversos conforme o ramo em que utilizado.¹²

Em relação ao contexto não linguístico, observa-se que ele absorve um amplo e variado leque de fatores, incluindo aspectos sociopolíticos e econômicos e os contornos culturais da sociedade,¹³ propósitos e objetivos tidos como relevantes, ou, mesmo, as peculiaridades de uma situação concreta.¹⁴ Todos amplamente suscetíveis à ação do tempo. As normas jurídicas, enquanto padrões de regulação social, não podem ser individualizadas à margem dessa realidade. Pelo contrário, o seu significado será definido com a necessária influência da totalidade do contexto, mais especificamente com a influência do modo pelo qual o intérprete vê e apreende esse contexto.¹⁵ O processo de interpretação não permanece adstrito ao material fornecido pelas fontes formais, sendo factível que a ele se soma uma multiplicidade de conceitos que delineiam o patrimônio cultural da sociedade e, em última *ratio*, do próprio intérprete. É o contexto social que justifica a existência da regulação estatal e estabelece os significados correntes da linguagem utilizada.¹⁶

Se a multiplicidade de fatores que compõem o contexto não linguístico é facilmente perceptível, o mesmo pode ser dito em relação à sua falta de sistematização e à indeterminação da exata influência que exercem na atribuição de significado aos significantes normativos. A falta de coerência que reina nessa seara não tem impedido que tais fatores sejam constantemente considerados pelo

11 Cf. MODUGNO, Franco. *Interpretazione Giuridica*. Padova: CEDAM, 2009, p. 112 e 136.

12 Cf. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 6ª ed.. Milano: Giuffrè, 1983, p. 11.

13 Cf. AVELAR FREIRE SANT'ANNA, Alayde. *A Radicalização do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 37 e ss..

14 Como ressaltado por Richard Posner, não é incomum que o juiz norte-americano adote uma postura “legalista” ou “não-legalista”, permanecendo adstrito ou distanciando-se do texto normativo, a partir da reação moral ou emocional (v.g.: repulsa, indignação, contentamento etc.) que tenha em relação à conduta de uma das partes envolvidas na lide (*How Judges Think?* Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 231).

15 Cf. BELLERT, Irena. *La linguistica testuale (On a Condition of the Coherence of Text)*. Trad. de CONTE, M. Elisabeth. Milano: Feltrinelli, 1977, p. 180.

16 Cf. LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 39.

intérprete, não de modo uniforme, mas com evidentes variações qualitativas e quantitativas. Essas variações costumam ser influenciadas pelos referenciais ideológicos encampados pelo intérprete e pela teoria da interpretação adotada. Na medida em que cada intérprete enumera os fatores que têm por relevantes e atribui a cada um deles o peso que lhe pareça mais adequado às peculiaridades espaciais, temporais e pessoais que envolvem o processo de interpretação, afigura-se evidente que as escolhas a serem realizadas terão influência direta no delineamento dos significados em potencial.

É possível, no entanto, traçar alguns balizamentos à escolha desses fatores.

O primeiro deles reside na necessidade de o intérprete manter-se adstrito àqueles fatores que estejam conectados à situação concreta e ao enunciado linguístico escolhido como base do processo de interpretação. Somente esses fatores podem ser considerados relevantes, não aqueles que apenas encontrem ressonância na pré-compreensão e nas aspirações pessoais do intérprete.

Um segundo balizamento consiste na constatação de que, embora não seja possível atribuir contornos puramente objetivos a escolhas dessa natureza, o intérprete somente encontrará receptividade por parte dos demais participantes do processo de comunicação normativa caso consiga “generalizar” seus argumentos. Argumentos empíricos dessa natureza não podem destoar da base cultural e dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente sociopolítico, isso sob pena de serem desautorizadas as conclusões alcançadas. A invocação das regras de experiência, do senso comum, do *aquis* social e de outras formas de expressão do consenso ou, simplesmente, da ampla convergência, são recursos úteis para o intérprete.

O terceiro balizamento, particularmente útil nas situações de internormatividade, consiste na necessidade de o intérprete considerar os fatores de natureza normativa que podem influenciar na interpretação do enunciado linguístico. Trata-se de imperativo de coerência que assegura a unidade do sistema jurídico.

O quarto balizamento indica que esses fatores nem sempre ostentarão o mesmo grau de importância, tanto no que diz respeito à situação concreta, como em relação ao enunciado linguístico interpretado. É possível, assim, seja estabelecida uma ordem de preferência entre eles, ordem esta que não deve destoar dos *standards* normalmente seguidos no ambiente sociopolítico.

Essas, portanto, são as diretrizes que utilizaremos na verificação da alegada sobreposição dos referenciais de improbidade e desonestidade.

3. A improbidade administrativa enquanto manifestação da injuridicidade

Ao analisarmos se os denominados “atos de improbidade administrativa” devem ter o seu conteúdo delineado com o só recurso à linguagem ordinária ou se refletem

um conceito técnico, inserido em uma linguagem para propósitos específicos, não podemos prescindir da verificação dos contextos linguístico e não linguístico.

Principiando pelo contexto linguístico, merece transcrição o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, *verbis*: “[o]s 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”. O enunciado linguístico em que inserida a expressão objeto de análise indica as sanções básicas a serem aplicadas ao ímprobo, acrescentando que tal se daria “na forma e gradação previstas em lei”. Caberia à norma associar os atos de improbidade às sanções correspondentes, estabelecendo, ainda, um escalonamento entre eles, consoante a sua gravidade, daí decorrendo a cominação de sanções mais severas ou mais brandas. Antes de avançarmos para a legislação infraconstitucional, ainda é importante observarmos que o art. 37 da Constituição de 1988 veicula uma série de regras e princípios regentes da atividade estatal, todos vinculantes para os agentes públicos.

O referido § 4º do art. 37 foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, que estabeleceu um novo contexto linguístico para a identificação do sentido dos atos de improbidade. Esse contexto, de contornos normativos, contém três espécies distintas de atos de improbidade, que são (1) o enriquecimento ilícito, (2) o dano ao patrimônio público e (3) a violação aos princípios regentes da atividade estatal, sendo sabido por todos que estes últimos podem veicular diversos conteúdos distintos (*v.g.*: princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade etc.). Nesse momento, já podemos alcançar uma conclusão parcial: como a própria lei, partindo de um comando constitucional, indicou o que se deveria entender por atos de improbidade, o significado dessa expressão nitidamente se desprende da linguagem ordinária e adentrou no domínio da linguagem para propósitos específicos.

A violação aos princípios regentes da atividade estatal é a base de desenvolvimento de qualquer juízo valorativo que busque demonstrar a ocorrência da improbidade administrativa. Além de conferirem unidade ao sistema normativo-constitucional, os princípios atuam como fatores de imposição, de interpretação e de integração. Possuem caráter imperativo, exigindo que indivíduos e poderes constituídos adotem as medidas necessárias, na medida mais ampla possível, à materialização dos valores que albergam. Influem na interpretação dos padrões normativos do sistema, contribuindo para estender ou retrair o seu potencial de incidência. Permitem sejam contornadas as lacunas da Constituição formal, contribuindo para o aperfeiçoamento da completude da ordem constitucional. A licitude dos atos dos agentes públicos há de ser extraída da conjunção das regras e dos princípios, quer explícitos, quer implícitos, o que conferirá a estes um grau de obrigatoriedade que há muito é difundido mas que pouco tem se concretizado.

A adequação do ato à norma não mais pode ser vista sob um prisma meramente formal – que consubstanciava a concepção clássica de legalidade – passando a

ser perquirida a sua correspondência aos valores que conduzem à concreção da própria noção de Direito. Daí se falar em *legalidade substancial*, o que pressupõe um juízo de valoração da essência do ato, com a sua consequente legitimação à luz dos vetores do Estado de Direito. Com a constitucionalização dos princípios, que terminaram por normatizar inúmeros valores de cunho ético-jurídico, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita – com contornos superpostos à regra –, passando a compreender regras e princípios. A unidade da Constituição indica que todas as normas por ela formalmente encampadas têm igual força e hierarquia, sendo cogente a sua observância pelos agentes públicos. Como a abstração de qualquer regra redundará na obtenção de um princípio correlato, é natural seja este último o foco de análise utilizado pela Lei nº 8.429/1992.

A improbidade administrativa, portanto, sempre estará associada à violação da juridicidade, o que, obviamente, não prescinde dos temperamentos oferecidos pelo critério de proporcionalidade, evitando, com isso, a incidência da Lei nº 8.429/1992 em condutas de pouca ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado.¹⁷ Quando o agente público parar no *minus*, sua conduta será enquadrada no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, avançando para o *plus*, o enriquecimento ilícito ou o dano ao patrimônio público, a tipologia se deslocará, respectivamente, para o art. 9º ou o art. 10.

Além do contexto linguístico, também o não linguístico evidencia que o ambiente sociopolítico é plenamente refratário a um agente público que passe ao largo das regras e dos princípios regentes da atividade estatal. Afinal, o surgimento de “*códigos paralelos de conduta*” tende a lesar interesses individuais e a comprometer a satisfação do interesse público, o que leva a sociedade a ostentar elevados níveis de desconfiança em relação aos poderes constituídos, situação sempre perigosa ao lembrarmos que há pouco deixamos de conviver com um regime de exceção, de triste memória para o povo brasileiro.

De acordo com a sistemática adotada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República e pela Lei nº 8.429/1992, é perfeitamente possível termos atos de improbidade que não sejam propriamente atos desonestos. Basta pensarmos na conduta de um Prefeito Municipal que, em razão de sua origem humilde, valoriza o trabalho e a família e pouca importância dá ao estudo, o qual, aliás, jamais esteve ao seu alcance. Por ver na educação não mais que uma frívola vaidade, utiliza recursos vinculados, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007, para a construção de um monumento à família. A aplicação dos recursos em finalidade diversa da legal impossibilita a aquisição de merenda para as crianças e o pagamento dos docentes, que paralisam suas atividades. Por desconsiderar

¹⁷ Para maior desenvolvimento do tema, vide, de nossa autoria, a primeira parte da obra intitulada *Improbidade Administrativa*. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 118.

a prioridade absoluta de que gozam as crianças e os adolescentes (CR/1988, art. 227, *caput*), afrontar a ordem constitucional e infraconstitucional, bem como por realizar um ato nitidamente ineficiente, de pouca importância quando cotejado com o bem jurídico violado, afigura-se evidente a prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992: “*praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência*”. Conquanto esteja evidenciada a vontade de descumprir a lei, não há propriamente má-fé ou desonestidade na conduta do agente público, o que em nada ameniza a extrema lesividade de sua conduta.

Epílogo

A linguagem ordinária, conquanto assuma indiscutível relevância na atribuição de significado aos enunciados linguísticos normativos, não tem o condão de afastar as singularidades da linguagem para propósitos específicos, como é o caso da linguagem jurídica. Na identificação da aproximação ou do distanciamento em relação a uma ou outra assume especial relevância o contexto, linguístico ou não linguístico. No direito brasileiro, os “*atos de improbidade*” a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988 e a Lei nº 8.429/1992 nem sempre refletirão a prática de atos desonestos, sendo o significado ordinário preterido em prol do jurídico.