



Opinião: STJ, a LIA não está no topo da pirâmide de Kelsen

Não raro, o STJ tem reconhecido a legalidade da pena de demissão de servidor público civil federal por ato de improbidade administrativa fundamentada na Lei 8.112/90 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), cumulada com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). A ver, na prática, é como se o legislador tivesse, no caso de servidores públicos, complementado e regulado a aplicação da primeira através da segunda norma jurídica citada. É o que se pode concluir pelo exame dos julgados havidos no AgInt no REsp 1.502.985/AL, no AgInt no REsp 1.584.287/DF e no AgInt no REsp 1.575.993/DF, entre tantos outros recursos finalizados pela corte somente em 2018. A fundamentação soa, preliminarmente, correta, pois qual achaque há em utilizar o conteúdo da LIA para regulamentar a expressão “improbidade administrativa” (deveras subjetiva, diga-se de passagem) contida como causa de demissão de servidor público por força da Lei 8.112/90? É o que será brevemente contraposto.

O artigo 132, IV, da Lei 8.112/90 dispõe, expressamente, que é cabível a pena de demissão nos casos de improbidade administrativa. Vale dizer, no âmbito do processo administrativo disciplinar, verificando os pressupostos de fato e de direito, bem como respeitando todos os requisitos para a correta formação do ato administrativo de demissão (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), é possível demitir o agente público por “improbidade administrativa”. No entanto, do que trata o conceito de improbidade administrativa previsto na Lei 8.112/90? Para esclarecimento desse questionamento, segundo o STJ, é possível utilizar o conceito de improbidade administrativa mencionado na Lei 8.429/92, o que, para nós, revela-se um absurdo jurídico, senão vejamos.

Verifica-se, primeiramente, que a exposição de motivos do Projeto de Lei 1.446/91, que culminou com a publicação da LIA, não fez sequer menção à Lei 8.112/90 ou, menos ainda, aos servidores públicos do baixo e médio escalão do Estado. Ao contrário, a norma comenta a “prática desenfreada e impune de atos de corrupção” e “no trato com os dinheiros públicos” e faz, ao menos cinco vezes, menção a casos de enriquecimento ilícito. Transparente, portanto, o entendimento de que a norma não visa punir o agente de polícia que se envolveu numa briga e fez uso do armamento da corporação; o analista administrativo que, sem dolo, atesta viciado parecer, ou qualquer outro caso que não resguarde semelhança com a descomedida corrupção ou com os crimes de colarinho branco ali indicados e que foram os motivos para a elaboração e publicação da lei. No entanto, mesmo em afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem assim da própria legalidade, é como o STJ tem se posicionado e, pior, como as autoridades administrativas têm fundamentado os processos administrativos disciplinares que resultam na demissão de servidores públicos civis federais.



Ora, além de condutas simplórias como essas não terem relevância econômica — tampouco política —, não sendo uma imoralidade constitucionalmente qualificada^[1], o conceito de improbidade administrativa nunca esteve atrelado ao conteúdo da LIA, pois, se a) a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já previa hipótese de demissão por justa causa ao empregado que incorresse em ato de improbidade; b) o Estatuto dos Servidores foi publicado em 11 de dezembro de 1990, quase dois anos antes da publicação da LIA; e c) há critérios jurídicos lógicos para aplicação da LIA, quais sejam c.1) trata-se de processo judicial e não administrativo; c.2) demanda a atuação obrigatória do Ministério Público, seja como autor ou como *custos legis*, não existem, portanto, razões para conciliar o conteúdo das normas aqui exploradas.

Do latim *improb?tis,?tis*, o vocábulo improbidade representa desonestidade, má índole, mau caráter, falta de lisura, entre outras palavras que podem ser utilizadas como sinônimo^[2]. A CLT, desde a publicação original de seu texto (1943), previu a hipótese de demissão por justa causa do empregado ímprobo. Insta dizer que não houve a necessidade de posterior regulamentação da aplicação da CLT para que houvesse o reconhecimento das condutas que configuram improbidade. No entanto, funcionários que registraram horas não trabalhadas, desviaram verbas, simularam contratos, ludibriaram clientes da empregadora, entre outras condutas notadamente ímprobos, foram demitidos independentemente de uma possível norma de improbidade a ser aplicada na esfera privada, salvo raras hipóteses em que os empregadores editam códigos de ética e *compliance*, o que não vem ao caso por agora.

O mesmo ocorre em relação ao Estatuto dos Servidores Público Civis da União, que independia (e independe) da edição da LIA para que gerasse efeitos. O critério temporal (aproximadamente dois anos) é suficiente para indicar que, entre a publicação da Lei 8.112/90 e a vigência da LIA, era possível punir servidores que incorressem em atos de improbidade administrativa, não necessariamente os atos de improbidade contidos na Lei 8.429/92, que tem conteúdo especialmente político. As leis específicas para cada cargo, os códigos de ética, regimentos e resoluções dos órgãos aos quais os agentes ímprobos estavam vinculados eram (e deviam atualmente ser) as únicas regulamentações necessárias para aplicação do conceito de improbidade administrativa previsto na Lei 8.112/90. No entanto, sem melhor cotejo dos institutos jurídicos envolvidos, o STJ tem declarado a validade de fundamentações como as acima indicadas, admitindo demissões por decisão tomadas em processo administrativo disciplinar com fundamento na LIA.

Vejamos que, simultaneamente a esses julgados, o tribunal de cidadania fixou tese reconhecendo a impossibilidade de condenação de agentes públicos que incorressem nas condutas previstas na LIA, sem a devida promoção da ação civil pública ou faltante a esta os requisitos legais. O julgamento do AgInt no REsp 1.749.583/PB, movido com fundamento na Lei 8.429/92, muito bem consignou o aduzido ao afirmar que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que ‘o Órgão Ministerial deve ser intimado de todos os atos processuais, sendo que a ausência de tal providência é causa de nulidade absoluta’”. O mesmo ocorreu no julgamento do REsp 1.446.285/RJ, em que o objeto do recurso limitava-se a questionar a nulidade processual decorrente de ação proposta com fundamento na LIA sem atuação do *parquet*. Ora, senhores ministros, em apertada síntese, os demais procedimentos com fundamento na Lei 8.429/92 não merecem o mesmo tratamento? Essa indagação é assaz inquietante!

O STJ chegou a tornar a Lei de Improbidade Administrativa tão "importante" para o ordenamento jurídico que, em entrevista à **ConJur**, o ministro Mauro Campbell Marques, presidente da 1ª Seção do STJ (a que, via de regra, julga ações de improbidade administrativa e pacifica o entendimento contido nas duas turmas de Direito Público), manifestou entendimento no sentido de que, caso haja flexibilização da LIA para a possibilidade de transações, o Ministério Público deverá ser o único legitimado a distribuir ações de improbidade administrativa. Em suas palavras, “eu não posso botar na mão da parte, da advocacia, a capacidade de *dominus litis* [da ação de improbidade administrativa]”^[3]. Outra vez, questiona-se: ora, qual a razão de haver tamanho rigor com o alcance da LIA em detrimento de tantas outras normas que não recebem o mesmo tratamento? Aqui o título do presente artigo é explicado: factualmente, trata-se de uma lei ordinária que está no topo da pirâmide de Kelsen^[4].

Se o respeitável leitor não entendeu a coerência dos julgados, resta a manifestação de contrariedade, pois como pode, com fundamento na mesma norma jurídica, haver aplicação do conceito de improbidade administrativa de forma tão diversa? Diante do impasse, há somente duas opções ao julgador: a) não mais comunicar o conceito de improbidade administrativa da Lei 8.112/90 com o conteúdo da Lei 8.429/92; ou b) determinar que toda demissão de servidor público com fundamentação na Lei 8.429/92 ocorra com o devido respeito ao procedimento jurisdicional estabelecido pela LIA (presença do *parquet* e promoção de ação civil pública de improbidade administrativa junto ao juízo competente)^[5]. Aliás, fazendo uso dos fundamentos da lógica mais simplória, uma proposição disjuntiva será inválida se ambas as afirmativas forem falsas, a ver: este ou aquele, mas não ambos.

Portanto, muito embora seja de considerável sedução popular a aplicação da Lei 8.429/92, e às vezes até indispensável a bem da sociedade, forçoso reconhecer que existem outras fontes normativas quando se trata de improbidade, sobretudo administrativa. Não cabe compelir a sua aplicação a casos que sequer tiveram relevância política ou econômica para o interesse público. Utilizando-se a referência do dito popular, é “matar mosca com um tiro de canhão”. Para além, o conspícuo tribunal de cidadania deve se esquivar da insegurança jurídica gerada e resolver, definitivamente, que não mais poderá haver cumulação dos institutos jurídicos envolvidos ou, uma vez permitindo, que todo procedimento (tal qual o processo administrativo disciplinar) com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa seja proposto mediante ação civil com obrigatória participação do Ministério Público. Frise-se: este ou aquele, mas não ambos!

^[1] Conceito de José Afonso da Silva.

^[2] Parece-nos acertada a posição de José Afonso da Silva, para quem a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu uma consideração mais especial da Constituição. Sustenta o autor que a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir à administração com honestidade, sendo, portanto, o desrespeito a este dever o fato caracterizador da improbidade administrativa. “Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 669.

^[3]



VITAL, Danilo. **"Se puder transacionar com improbidade, MP deve ser o único a propor ação"**. ConJur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/entrevista-mauro-campbell-ministro-superior-tribunal-justica>>. Acesso em: 19.fev.2019.

[4] Muito embora o jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen não tivesse esquematizado a chamada “pirâmide de Kelsen”, intérpretes de uma de suas principais obras (Teoria Pura do Direito), para fins didáticos, escalonaram a hierarquia das normas em formato de pirâmide, batizando-a de “pirâmide de Kelsen”.

[5] Todavia, erroneamente, o STJ bem como STF possuem entendimento de que a aplicação da penalidade de demissão por ato improbidade administrativa pode ocorrer independentemente do curso de uma ação civil pública por ato de improbidade. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em inúmeros casos: (MS 17.868/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/03/2017, DJe 23/03/2017). De igual modo, o Supremo Tribunal Federal tem orientado sua jurisprudência no sentido de ser lícito à administração pública impor ao servidor a sanção de demissão por prática de ato de improbidade. RMS 33.865 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 23/09/2016; RMS 28.919 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 12/02/2015.

Date Created

22/02/2019