

3

A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA E A LEI DE IMPROBIDADE: APLICAÇÃO À NORMA DE IMPROBIDADE POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

THE MATRIX RULE OF INCIDENCE AND THE LAW OF IMPROBITY: APPLICATION TO THE NORM OF IMPROBITY DUE TO ILLEGAL ENRICHMENT

Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro^{11*}

Valkíria Malta Gaia Ferreira^{12**}

Orlando Rocha Filho^{13***}

RESUMO: A norma de improbidade administrativa possui natureza cogente, pois indica comandos proibitivos que devem ser seguidos pelos agentes públicos e por terceiros que tratem com a administração pública. Sua estrutura normativa contém cláusulas gerais e a utilização desta técnica legislativa criou um ambiente extremamente vago para a Lei de Improbidade, que tem sido aplicada ao sabor do exagerado subjetivismo dos intérpretes. Por isso, nada mais natural que buscar estudar a norma de improbidade sob o viés de uma teoria normativa. Foi o que foi feito neste trabalho, que procurou aplicar o modelo de regra-matriz de incidência à norma de improbidade do enriquecimento ilícito, traçando um marco teórico na identificação deste tipo de norma. O objetivo deste trabalho foi diminuir em parte o âmbito de oscilação doutrinária e jurisprudencial que ocorre na ação de improbidade, permitindo ao aplicador do direito verificar de forma pontual os elementos da norma de improbidade do enriquecimento ilícito para assim aplicar a sanção de forma adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa; norma jurídica; regra-matriz de incidência.

ABSTRACT: The standard administrative misconduct has cogent nature, it indicates prohibitive commands that must be followed by public agents and third parties dealing with the public administration. Its normative structure contains general clauses and the use of this legislative technique created an extremely vague for Misconduct Act, which has been applied to the flavor of exaggerated subjectivism interpreters environment. Therefore, it is natural to seek to study the standard of misconduct under the bias of a normative theory. It was what was done in this work, which sought to apply the model of rule-incidence matrix of the impropriety of unjust enrichment rule, tracing a theoretical framework for identifying this type of standard.

* Mestra em Direito Público pela UFAL e Doutora em Educação pela UFAL. E-mail: priscillacordeiro@cesmac.edu.br.

** Doutoranda em Letras (DINTER- CESMAC-PUC MINAS). Pós-graduação "Lato Sensu" em Direito Processual (CESMAC) e Direito Processual Civil (UNINASSAU). Graduação em Direito (CESMAC). E-mail: valkíria.ferreira@cesmac.edu.br

*** Doutorando em Letras (DINTER- CESMAC-PUC MINAS). Pós-Graduação Lato Senso em Direito Público (CESMAC). Graduação em Direito (UFAL). Atualmente é Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e coordenador do curso de Direito da Faculdade Cesmac do Agreste. E-mail: o.rochafilho@gmail.com.

This work was partly reduce the scope of doctrinal and jurisprudential oscillation that occurs in dishonesty action, allowing the investor the right to verify timely basis elements of the standard of misconduct for illicit enrichment so to sanction appropriately.

KEYWORDS: Administrative misconduct; legal rule; rule-incidence matrix.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.429/92 é um instrumento jurídico criado para dar concretude ao texto constitucional que prevê a responsabilização dos agentes públicos e terceiros que cometerem atos de improbidade administrativa, conforme pode ser visto no artigo 37, § 4º da CF/88.

No capítulo II da Lei nº 8.429/92 estão previstos três tipos básicos de improbidade administrativa de onde se extraem todos os demais tipos: atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); que causem prejuízo ao Erário (art. 10); e que atentem contra os princípios da Administração Pública. Este trabalho busca analisar o ato de improbidade previsto no art. 9º, que prevê a hipótese de improbidade administrativa em face do enriquecimento ilícito do agente em face da função pública.

A regra matriz de incidência tributária é a melhor forma de verificar com acuidade a ocorrência da norma tributária no mundo jurídico, através da minuciosa identificação de uma série de elementos que constituem o esquema. Ocorre que esta teoria, amplamente desenvolvida na seara tributária, não se aplica somente a este ramo. Já foi demonstrado por alguns autores que esta é uma teoria que se aplica no âmbito do Direito Financeiro (CHRISTOPOULOS, 2014) e Administrativo (DA SILVA, 2014), pois possui aplicabilidade prática a quase todos os ramos do direito. A partir desta teoria, é possível identificar os elementos que compõem a norma jurídica, verificando a incidência do fato sobre a norma e a necessidade de aplicação de sanção.

Por isso, em face de algumas dificuldades encontradas na aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa, torna-se imperioso verificar se é possível aplicar o modelo de regra matriz de incidência tributária à norma de improbidade, para assim diminuir o âmbito de oscilação jurisprudencial e a insegurança jurídica que tem acometido as decisões de improbidade, em face da ausência de um critério padrão de aplicação deste tipo de norma.

Para isto, foi escolhido o tipo de improbidade administrativa que causa o enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), eis que se tornaria impossível tratar de todos os tipos de improbidade neste trabalho.

Este trabalho buscou apontar uma luz sobre o problema da aplicação da norma de improbidade do artigo 9º da Lei nº 8.429/92 por meio da identificação de um modelo teórico

que se adequasse à generalidade das situações que ocorrem no mundo jurídico, eis que a falta de um modelo como este cria enormes flutuações doutrinárias e jurisprudenciais irreconciliáveis com a lógica jurídica.

2 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa possui previsão no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, que afirma que “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”. O texto constitucional remete a outro instrumento normativo, que é a Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa ou Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA) (OSÓRIO, 2010).

Os atos de improbidade são descritos no capítulo II da Lei nº 8.429/92, e se dividem em três modalidades: atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); que causem prejuízo ao Erário (art. 10); e que atentem contra os princípios da Administração Pública. As sanções para os atos de improbidade estão previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92. São sanções de natureza cível (perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do dano, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios), política (suspensão dos direitos políticos) e administrativa (perda da função pública e multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente).

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TIPO DO ARTIGO 9º

Este ato de improbidade é o que importa em enriquecimento ilícito do agente que pratica o ato, e está previsto no artigo 9º da Lei nº 8.429/92, que prescreve: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei (...)”.

Este artigo se caracteriza pela “percepção de vantagens financeiras indevidas em razão do exercício de cargo, mandato, função ou emprego público” (SARMENTO, 2002, p. 65). Este é um tipo de improbidade que necessariamente irá implicar na desobediência ao princípio da

impessoalidade, uma vez que o agente público que pratica o ato firma alianças indevidas com particulares a fim de conseguir extrair algum benefício com sua atitude (SARMENTO, 2002).

O enriquecimento ilícito ocorre tanto em face de um ato que apresente adequação ao princípio da legalidade como de um ato ilícito (GARCIA; ALVEZ, 2011). Para que se configure a improbidade, é preciso que haja um nexo entre o enriquecimento ilícito do agente e o exercício de cargo e função pública. Além disso, este ato de improbidade implicará sempre em uma ação dolosa, pois o agente que enriquece ilicitamente possui consciência que sua conduta é criminosa (SARMENTO, 2002). Conforme George Sarmento destaca:

O móvel da ilicitude é a percepção de vantagem patrimonial – bens, direitos ou valores. De maneira geral, causa prejuízos diretos aos cofres públicos – desvio de verbas estatais, caixa dois, peculato e superfaturamento de obras ou serviços são consequências diretas da improbidade (SARMENTO, 2002, p. 65).

A doutrina elenca alguns requisitos para identificar o enriquecimento indevido. No caso dos requisitos serem encontrados simultaneamente, surge o direito do sujeito ativo (que pode ser o Município, o Estado, a União, etc.) de pleitear o ressarcimento na medida em que o sujeito passivo enriqueceu. São eles:

- a) o enriquecimento do agente;
- b) que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no art. 1º, ou mesmo *extraneus* que concorra para a prática do ato ou dele se beneficie (arts. 3º e 6º);
- c) ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem indevida, sem qualquer correspondência com os subsídios ou vencimentos recebidos pelo agente público;
- d) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem de dúvidas ao falar em “vantagem patrimonial indevida *em razão* do exercício do cargo...” (GARCIA; ALVEZ, 2011, p. 287).

Além do *caput* todos os dispositivos do art. 9º exigirão condutas dolosas. Isto pode ser afirmado em detrimento de visões subjetivistas e privilegiando o princípio democrático, conforme anota Fábio Medina Osório, pois a redação dada pelo legislador indica que só serão considerados ímprobos em face do enriquecimento ilícito aqueles que agirem de forma dolosa (OSÓRIO, 2010).

Há que observar que muitas vezes esse enriquecimento ilícito não irá causar o prejuízo ao Erário, pois haverão casos em que o agente público irá receber a vantagem indevida diretamente de um terceiro em troca de alguma vantagem ou favorecimento pessoal. Basta, para configurar o ilícito, que o agente público receba a vantagem indevida, “pouco importando se adveio de oferta, solicitação ou exigência” (SARMENTO, 2002, p. 65).

Por fim, é preciso observar que o enriquecimento ilícito estará incondicionalmente ligado a uma espécie de abuso da função pública, e será a condição de funcionário que servirá de instrumento para a prática da improbidade, pois será o agente que, interessado em lograr proveito pessoal, irá comprometer a qualidade dos serviços públicos (SARMENTO, 2002).

2.2 TÉCNICAS LEGISLATIVAS UTILIZADAS NA CONSTRUÇÃO DA NORMA DO ARTIGO 9º

Não é uma novidade a utilização da técnica legislativa de inserir cláusulas genéricas nas normas jurídicas. Neste sentido, Luís Roberto Barroso afirma que este não é mais um recurso exclusivo do Direito Constitucional, tendo se irradiado para diversos ramos jurídicos na contemporaneidade (BARROSO, 2011).

As cláusulas gerais possuem a característica de que empregam uma linguagem propositadamente vaga, de forma que ao intérprete é transferido o papel de completar o sentido da norma em cada caso concreto. Nesta categoria estariam os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios (cuja característica mais forte seria a carga axiológica e a possibilidade de colisão) (BARROSO, 2011).

Reconhecendo a impossibilidade de produção simultânea de enunciados prescritivos, o legislador inseriu no texto positivo estruturas normativas capazes de acompanhar possíveis mutações que viessem a ocorrer com o tempo, ou seja, inseriu cláusulas gerais compostas de conceitos indeterminados e princípios nos textos normativos (GARCIA; ALVEZ, 2011). Neste sentido, Luís Roberto Barroso preleciona:

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluído, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a dele ser extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras (BARROSO, 2011, p. 336).

Eles se caracterizam por seu conteúdo polissêmico, o que significa que são integrados por um fato ou por um valor que compõe o núcleo da norma que pretendem regular. Desta forma,

O núcleo do conceito é constituído de premissas seguras, enquanto que no halo conceitual, região de natureza periférica do núcleo, não existe uma certeza prévia, permitindo a extensão da ideia nuclear de conceito. Assim, a atividade do intérprete é limitada à fixação do preceito primário da norma, de alcance normalmente restrito,

estando a consequência estando pré-estabelecida por esta (GARCIA; ALVEZ, 2011, p. 276-277).

Os conceitos jurídicos indeterminados possuem um halo de imprecisão linguística decorrente justamente da necessidade de avaliação de cada situação concreta subjacente à norma. Isto significa que a presença de um conceito jurídico indeterminado implica na necessidade de uma ponderação que valere os interesses ou auxilie na formação de um juízo. Logo, a integração deste instituto se realizará por meio de uma interpretação que vai acabar delimitando o preceito normativo (GARCIA; ALVEZ, 2011).

Por sua vez os princípios se apresentam como “juízos hipotéticos semelhantes às demais regras, mas que se notabilizam pela homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica” (SARMENTO, 2002, p. 109). Conforme preleciona Gabriel Ivo:

Sintaticamente, os princípios, como normas que são, têm idêntica estrutura lógica das unidades do sistema. No plano semântico, contudo, os princípios apresentam forte distinção. São carregados de maior tinta axiológica, pois exercem função de maior relevo valorativo no seio do ordenamento, encerrando o norte, as diretrizes do Sistema (apud SARMENTO, 2002, p. 109).

Os princípios contêm em si padrões de justiça, equidade ou alguma dimensão da moralidade. Os princípios estabelecem condições que tornam sua aplicação necessária. Ronald Dworkin (2010) alerta que em um mesmo caso pode existir a possibilidade de dois princípios de direções opostas serem aplicados, onde um dos princípios não irá prevalecer, o que não implica dizer que não se trate de um princípio dentro do sistema jurídico.

Para doutrina de Robert Alexy (2011), o ponto crucial da distinção entre regras e princípios estaria no fato de que os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Os princípios são mandamentos de otimização, que se satisfazem em graus variados e são dependentes das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Carlos Ari Sundfield entende que os princípios são indeterminações normativas extremas, que têm justificado uma série de decisões judiciais de forma extremamente vaga. O autor critica a utilização indiscriminada dos princípios jurídicos como base para a maioria das decisões realizadas pelo Poder Judiciário. Desta forma, propõe que quando o juiz opte por aplicar os princípios, deve assumir o ônus da competência e o ônus regulador, dando elementos de ordem institucional que justifiquem a aplicação (SUNDFIELD, 2011).

No artigo 9º da Lei de Improbidade há utilização de conceitos jurídicos indeterminados como “vantagem patrimonial indevida” (*caput*) e “vantagem econômica de qualquer natureza”

(incisos V e VI). Diante destes conceitos, caberá ao intérprete conformar o complemento da norma ao sistema jurídico diante de cada caso concreto. E isto deve ser feito através da análise da Constituição, das leis, da doutrina e da jurisprudência pátria, com o objetivo de dar a máxima efetividade ao real significado do texto legal que será construído pelo intérprete.

3 VISÃO GERAL DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

Se o direito é um conjunto de normas válidas, torna-se imprescindível que seu estudo seja feito sob o ponto de vista de uma teoria da norma jurídica. Para conhecer às normas jurídicas, é preciso saber o que é uma norma jurídica, como ela surge no mundo jurídico, e como ela se exteriorize (CARVALHO, 2014). Noberto Bobbio, em seu livro “Teoria da Norma Jurídica”, inicia seu estudo afirmando justamente isto. Em suas palavras:

(...) entendo que o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta. Começamos então por uma afirmação geral do gênero: a experiência jurídica é uma experiência normativa (Bobbio, 2001, p. 23).

De fato, a vida humana se desenvolve no mundo de normas jurídicas e não faz sentido algum estudar o fenômeno jurídico senão for por meio das normas (BOBBIO, 2001). Conforme Aurora Tomazini de Carvalho ensina, “uma teoria da norma jurídica é indispensável à Ciência do Direito, pois ela nos possibilita conhecer os elementos que, relacionados entre si, formam o sistema do direito positivo” (CARVALHO, 2014, s.n.).

Toda e qualquer ciência que possua como objeto o direito positivo deverá ser pautada por uma teoria da norma. Não é por acaso que inúmeras distorções são encontradas no sistema jurídico, eis que a ausência de um modelo teórico da norma impossibilita a coesão do sistema e cria oscilações doutrinárias e jurisprudenciais irreconciliáveis com a lógica jurídica. Por sinal, esta é a grande crítica feita por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho ¹⁴ a Pontes de Miranda.

O estudo das normas jurídicas passa, necessariamente, por um estudo de seus elementos, pois é preciso conhecer a composição das unidades do sistema. Originariamente aplicada ao ramo do Direito Tributário, a teoria da norma jurídica, tão bem desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho, explica como ocorre a incidência tributária e como se darão as consequências

¹⁴ O autor afirma: “em Pontes de Miranda, por exemplo, que desenvolveu com muito cuidado temas como “o fato jurídico”, “a incidência”, “a validade” e “a eficácia”, não encontramos a estrutura completa da norma jurídica, como bem anota Lourival Vilanova. CARVALHO, 2008, p. 126.

jurídicas. O modelo de regra matriz desenvolvido explica de forma pontual como a norma incide no mundo jurídico, e quais consequências surgem de sua incidência. De forma sucinta, a seguir serão apresentados alguns aspectos da teoria da norma jurídica, para ao final aplicar a regra matriz de incidência tributária à norma de improbidade administrativa.

3.1 ESTRUTURA LÓGICA DAS NORMAS JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS

Na identificação da estrutura das normas se observa que o modo verbal indicador do verbo deontico é com frequência um indicativo do presente, como “auferir, receber, perceber, utilizar, adquirir, etc.”, ou do futuro, como “deverá, poderá, utilizará, etc.”. O dever-ser pode ser observado nas construções em que o verbo “ser” ou “poder” está acompanhado de complemento (geralmente um adjetivo). O fato é que são inúmeras as possibilidades verbais, sendo necessário reduzi-las a uma estrutura formalizada da linguagem lógica, como esclarece Lourival Vilanova (2005).

Esta estrutura corresponde à primeira parte da proposição jurídica: “*se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S', deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S''*”. Nela, pode ser observada a hipótese ou pressuposto e a tese ou consequência, que estão ligados por meio de uma relação implicacional, o que significa dizer que “a hipótese implica a tese ou o antecedente (em sentido formal) implica o consequente” (VILANOVA, 2005, p. 95).

Lourival Vilanova (2005, p. 96) explica neste sentido que “a hipótese é o descritor de possível situação fática no mundo (natural ou social, social juridicizada, inclusive)”. Com isto, quer-se dizer que ela [a hipótese] será descritiva de uma situação, apenas. Com a verificação (ou não) do fato jurídico no suporte fático, a hipótese não adquire o “valor-de-verdade”. O “valer” da hipótese normativa da proposição jurídica é específico, uma vez que foi colocado no sistema por meio de um processo legislativo. O “deontico” não é encontrado na hipótese em si, mas na relação implicacional entre hipótese e tese. Interessante observar que esta relação pode existir sem o modo deontico, pois “uma proposição não é a causa da subsequente, como, em rigor do termo, um fato anterior não implica fato sucessivo”.

Não necessariamente a hipótese vai implicar na tese ou consequência. Para que isto ocorra, será preciso que haja uma norma a impor o vínculo por meio de um ato de valoração, pois para que o nexos não se desfaça é preciso que exista uma norma válida. Se a norma não estabelece um vínculo entre as duas proposições, ambas permanecerão isoladas ou estarão ligadas por vínculos formalmente necessários. Ao Direito positivo cabe o papel de construir o

relacionamento entre o descritor ou hipótese e o prescritor ou tese, pois somente desta forma a relação de implicação vai obedecer às leis lógicas (VILANOVA, 2005).

As leis jurídicas são articuladas por meio da imputabilidade deôntica, onde se tem um conectivo condicional interligando o antecedente ao consequente. Conforme Paulo de Barros Carvalho preleciona, “o dever-ser denota uma região, um domínio ontológico que se contrapõe ao território do ser, em que as proposições implicante e implicada são postas por um ato de autoridade: $D(p \rightarrow q)$ (deve ser que p implique q)” (CARVALHO, 2008, p. 124).

A proposição jurídica é composta por duas partes: norma primária e norma secundária. A primeira parte se compõe da hipótese (descritiva de um fato que poderá ocorrer) e da tese (proposição relacional) (VILANOVA, 2005). A proposição antecedente atua descrevendo o evento que poderá ocorrer no meio social sem necessariamente realizar a verificação empírica (classificando como verdadeiros ou falsos os valores), eis que se trata de uma proposição que tipifica um conjunto de eventos (CARVALHO, 2008).

Na norma secundária a hipótese fáctica se consubstancia diante do “não-cumprimento, da inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico), fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma” (VILANOVA, 2000, p. 188-189).

Para se valer da coação, o sujeito de direito (que pode ser a sociedade representada pelo Ministério Público por meio de ação popular ou ação civil pública; o órgão da Administração Pública que foi lesado; a União, Estados, Municípios, etc.) irá se revestir de capacidade processual que surgirá “como efeito da incidência da norma processual” (VILANOVA, 2000, p. 190), assim como o sujeito passivo irá utilizar seu direito de defesa para se opor. Estes sujeitos irão se dirigir ao Estado-juiz, e com ele irão formar uma relação agora não mais linear, mas angular. Desta forma:

O exercício do direito de ação provoca no órgão julgador o dever jurisdicional de acolher o pedido, o dever de praticar o ato processual - despachar e mandar citar o sujeito passivo. O exercício do direito de defesa dirige-se ao juiz e outra relação linear se constitui: o órgão julgador contrai o dever de acolher a defesa. As duas relações lineares, reunidas em um ponto - o órgão jurisdicional - perfazem a angularidade da relação jurídico-processual. O objeto comum de ambos os sujeitos, o ativo e o passivo, é a prestação da tutela jurisdicional do Estado (VILANOVA, 2000, p. 190).

Na norma secundária a hipótese fáctica será o não cumprimento do dever do termo-sujeito passivo. No caso de não-cumprimento, surge outra relação jurídica onde o sujeito ativo pode exigir coativamente a prestação, o objeto do dever jurídico por parte do sujeito passivo. Desta forma:

O exercício do direito subjetivo de ação não tem como destinatário o sujeito passivo da relação. Dirige-se ao Estado, mediante seu órgão julgador. A relação faz-se

triádica, a três termos. A relação material diádica R (A,B) faz-se relação triádica R (A, B, C). Os sujeitos-de-direito ativo e passivo, advindos da relação material, que tomam posição na relação jurídica processual são partes. Sempre duas, ainda que internamente cada parte componha-se pluripessoalmente (nas relações jurídicas de obrigações solidárias, ativa ou passiva, que permitem, levadas ao plano processual, o consórcio na lide) (VILANOVA, 2000, p. 190).

Norma primária e norma secundária são duas proposições normativas. Na norma primária estão as relações deônticas onde são fixados os direitos e deveres, uma vez verificados os pressupostos contidos na proposição descritiva (hipótese) de situações fácticas ou jurídicas. Por sua vez, a norma secundária será responsável por indicar as consequências que irão sancionar àqueles que descumpriram o que foi estatuído na norma de conduta. Nas palavras de Lourival Vilanova: “norma de direito substantivo, ali; norma de direito adjetivo, aqui” (VILANOVA, 2000, p. 189). A norma primária sem a secundária não está completa, como o “adjetivo sem o suporte do substantivo” (VILANOVA, 2000, p. 190).

No interior de cada proposição normativa vão estar os antecedentes (hipóteses) e consequentes (teses), e “a relação implicacional que articula o interior de cada proposição vem deonticamente modalizado”. Aqui entra a questão dos modais deônticos, que vão se posicionar no interior das estruturas proposicionais, e de acordo com Lourival Vilanova, irão se dividir nas categorias “obrigatório”, “permitido” e “proibido” (VILANOVA, 2005).

Para realizar seus fins, o direito irá utilizar os modais deônticos obrigando, proibindo ou permitindo condutas. No direito se trabalha com a linguagem descritiva (que explica o direito positivo) e prescritiva (com o objetivo de modificar condutas). A linguagem prescritiva se realiza por meio de modais deônticos (CHRISTOPOULOS, 2014).

Essa noção é muito importante para o tema aqui tratado, pois a norma de improbidade irá proibir determinadas condutas para proteger uma série de valores da administração pública. Tomando como exemplo o art. 9º, seria impossível ao legislador proibir o enriquecimento ilícito do agente público em função do cargo e permitir que recebesse qualquer tipo de gratificação de terceiros em face do cargo público, pois isto seria ilógico. Ou se permite uma conduta, ou se proíbe. Normalmente, essas normas vão conter proibições para que os agentes públicos ou terceiros tenham um determinado comportamento.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS DE IMPROBIDADE

As normas de improbidade são individuais e abstratas (o que inclui o artigo que prevê o enriquecimento ilícito) (BOBBIO, 2001). São individuais porque possuem por destinatários indivíduos singularizados, que serão os agentes públicos e aqueles que, mesmo não sendo

agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ¹⁵. Além disso, são normas abstratas porque regulam uma ação-tipo, uma classe de ações bastante específica, servindo de base para múltiplas incidências e aplicações (CHRISTOPOULOS, 2014).

As normas de improbidade administrativa irão conter em si comandos proibitivos. Elas serão cogentes, pois estabelecem comandos que veiculam os atos dos agentes públicos e de terceiros, obrigando-os de alguma forma a agir de uma determinada maneira e a observar um padrão de conduta (CHRISTOPOULOS, 2014).

3.3 A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Sobre a incidência da norma jurídica, é preciso destacar alguns pontos. A fenomenologia da incidência consiste em a norma jurídica prever uma determinada situação factual, que decorre de fatos naturais e socioculturais, que irá se transformar em fato jurídico em face da incidência. Os três elementos que surgem aqui são a norma jurídica, o suporte fático e o fato jurídico (IVO, 2006).

A hipótese de incidência descreve a função cognoscitiva do real, tipificando uma situação que pode ou não ocorrer na realidade. Assim “a situação prevista representa o suporte fático, ‘aquele fato ou grupos de fatos que compõe, e sobre o qual a regra incide’” (IVO, 2006, p. 44).

Quando a norma jurídica incide, gera o efeito da incidência, e esta terá o efeito de juridicizar o fato, dando-lhe a qualidade de jurídico, e lhe inserindo neste âmbito. Sua existência está ligada à linguagem, pois a incidência é invisível, e daí surge a eficácia legal. A eficácia legal irá significar “o efeito da incidência da norma jurídica juridicizando o fato. Para incidir, no entanto, é preciso que a norma esteja vigente” (IVO, 2006, p. 45-46).

O suporte fático será o “fato bruto”, e será encontrado na própria norma jurídica que irá determinar prescritivamente como o suporte fático irá entrar no mundo jurídico. Por sua

¹⁵ Cf. Lei nº 8.429/92, art. 1º: Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único: Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (...) 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.

vez, o fato jurídico será a parte do suporte fático que entrará no mundo jurídico (uma vez previsto na hipótese normativa) (IVO, 2006).

A incidência das normas possuirá como características permanentes a infalibilidade (uma vez descrito o fato na hipótese, e se ele ocorrer, surgem no mundo jurídico os efeitos nele previstos) e inegotabilidade (a incidência possuirá realização automática com a realização do suporte fático) (IVO, 2006).

Feitas estes apontamentos, é preciso adentrar na especificidade da regra matriz de incidência. Ela “é um instrumento consagrado por boa parte da doutrina tributarista como um instrumento facilitador na descrição do objeto do tributo. Essa regra-matriz busca explicar e elencar os elementos essenciais de uma norma que dispõe de um imposto ou uma taxa” (CHRISTOPOULOS, 2014, s.n.). O modelo dessa regra é apresentado a seguir ¹⁶:

H: Cm(v+c) x Ce x Ct

NJT

C: Cp(Sa+Sp) x Cq(Bc+Al)

Na estrutura apontada, temos a hipótese representada por “H”; o critério material representado por “Cm”, que se compõe, por sua vez do verbo “v” mais o complemento “c”; o critério espacial da hipótese é representado por “Ce” e o critério temporal por “Ct”. O “C” representa a consequência tributária, que é formado pelo critério pessoal, representado por “Cp”, e este, por sua vez, se compõe de sujeito ativo (Sa) e sujeito passivo (Sp). O consequente é representado por “Cq”, e se compõe da base de cálculo (Bc) e da alíquota (Al).

Na aplicação da regra-matriz de incidência da norma de improbidade do art. 9º serão feitas algumas adaptações, mesmo porque alguns elementos da regra-matriz serão aqui dispensados (como a base de cálculo e a alíquota) e outros terão de ser alterados para se adequar à realidade normativa da improbidade, mas será mantida a lógica intrínseca à estrutura. A proposta aqui apresentada é criar um esboço de como se daria a utilização da regra-matriz com a norma de improbidade.

3.4 A REGRA-MATRIZ DE IMPROBIDADE

3.4.1 A norma primária

¹⁶ O modelo de regra matriz acima esboçado foi uma simplificação do modelo de Paulo de Barros Carvalho realizada por Basile Georges Campos Christopoulos, o qual foi adotado neste trabalho (CHRISTOPOULOS, 2014).

Quando for violado o preceito proibitivo contido na norma, haverá uma lesão ao bem jurídico tutelado, criando o direito reflexo de outrem. Como a norma de improbidade possui natureza cogente, o agente público ou terceiro não poderá fugir à sua aplicação, independentemente do bem atingido, e o Estado (que irá representar a sociedade) vai estar sempre presente nos casos de improbidade como sujeito passivo formal¹⁷. No entanto, a depender do caso, poderá estar também no polo ativo, ao lado da sociedade. Assim, como as normas de improbidade possuem por destinatários indivíduos singularizadas (art. 1º e 3º da Lei nº 8.429/92), a condição de sujeito ativo deve decorrer da análise da condição do agente, que está prevista na própria Lei de Improbidade, pois só serão considerados atos de improbidade aqueles praticados em desfavor:

a) da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; b) de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) do patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.¹⁸

O critério espacial definirá o local onde ocorreu o fato proibitivo, e o critério temporal definirá o momento em que ocorreu o ato de improbidade. Esses dois elementos, junto com a análise do sujeito ativo, indicarão qual será o juízo competente para julgar os indivíduos que cometeram os atos de improbidade.

O elemento mais trabalhoso, com certeza, será o critério material da norma de improbidade. O complemento desse critério deverá conformar os conceitos jurídicos indeterminados previstos no art. 9º ao sistema jurídico, por meio de uma análise dos instrumentos normativos, da doutrina e jurisprudência.

Com relação ao consequente, ele deverá conter os sujeitos ativo e passivo. Além disso, o critério quantitativo irá representar o valor do enriquecimento ilícito auferido pelo agente em função do cargo público.

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que a regra-matriz de improbidade do tipo do art. 9º não é tão diferente da regra-matriz tributária, pois irá diferir apenas no conteúdo dos critérios. Será acrescentado ao complemento a análise do texto da norma em conjunto com o

¹⁷ GARCIA, Emerson; ALVEZ, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221.

¹⁸ GARCIA, Emerson; ALVEZ, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221 e 222.

sistema jurídico-administrativo. Além disso, acrescenta-se ao conseqüente o critério do functor deôntico, demonstrando a proibição da conduta. Veja-se:

H: Cm(v + c) x Ce x Ct

NJIA

C: Cp (Sa+Sp) x Cq(Ve) x Fd(V)

No caso do art. 9º, *caput* o verbo será “auferir”, e o complemento será “a vantagem patrimonial indevida em razão do cargo público”. Para que o sentido da norma seja alcançado em sua integralidade, será buscado fora da Lei de Improbidade o conceito de “vantagem patrimonial indevida”, ou seja, esse conceito será buscado no sistema jurídico-administrativo.

Apenas a título ilustrativo, o preenchimento deste conceito de “vantagem patrimonial indevida” poderia ser feito com base em outros institutos jurídicos, como a presunção de inidoneidade da evolução patrimonial incompatível com o padrão de vencimentos do agente público. Isto porque, nos termos do art. 13 da Lei Federal 8.730/93, é a declaração de bens e sua atualização em compatibilidade com os vencimentos do agente público que irá proporcionar a verificação da legitimidade do enriquecimento do agente público.

O critério espacial irá definir o local onde ocorreu a incidência da norma. O critério temporal, por sua vez, indicará o momento em que ocorreu o enriquecimento ilícito.

O critério pessoal será composto do sujeito ativo, que será a sociedade representada pelo Ministério Público por meio de Ação Civil Pública ou Ação Popular, o próprio ente da Administração Pública direta ou indireta que sofreu as conseqüências do enriquecimento ilícito do agente, ou outro dos legitimados legais para interpor ação de improbidade. O sujeito passivo, obviamente, seria o agente público que auferiu a vantagem indevida.

Por sua vez, o critério quantitativo terá de indicar o valor do enriquecimento ilícito, ou seja, o valor incorporado ao patrimônio do agente de forma ilegal, pois se trata de condição essencial para a configuração da improbidade por enriquecimento ilícito.

Por fim, há o critério do functor deôntico, que irá definir se a conduta do agente público será proibida, pois nas palavras de Roberto José Vernengo (2009, p. 73), “prohibido es todo lo que no es obligatorio hacer, ni es facultativo hacer”. Não será possível um modal deôntico

obrigatório ou permitido nos atos de improbidade, pois as normas desta natureza se propõem a elencar uma série de condutas que não devem ser realizadas pelos agentes públicos.

3.4.2 A norma secundária

A norma secundária ou sancionadora decorre da relação jurídica material entre os sujeitos ativo e passivo. A relação jurídica deixa de ser linear para ser angular, pois deixa de se desenvolver entre A e B e passa a se confluir em C (que é o órgão jurisdicional) (VILANOVA, 2000). A norma secundária irá se conectar a norma primária para lhe prescrever: “se se verificar o fato da não ocorrência da prescrição da norma primária, então deve-ser uma relação jurídica que assegure o cumprimento daquela primeira, ou seja, dada a não observância de uma prescrição jurídica deve ser a sanção” (SANTI, 2001, p. 41).

Na norma secundária irão se preceituar as consequências sancionadoras do descumprimento da norma que determina a conduta. No caso da norma de improbidade do enriquecimento ilícito, a conduta está prevista no art. 9º, e as consequências sancionadoras estão previstas no art. 12, I:

Art. 12 (*omissis*)

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

A norma secundária “a que vem em consequência da inobservância da conduta indevida, justamente para sancionar seu inadimplemento (impô-lo coativamente ou dar-lhe substitutiva reparadora)” (VILANOVA, 2005, P. 105). Desta forma, mostra-se completa a norma de improbidade por enriquecimento ilícito, pois não basta haver a prescrição da conduta: necessário se faz que haja uma sanção a ser aplicada em face do comportamento do sujeito passivo que transgrediu o preceito proibitivo.

5 CONCLUSÃO

A Lei nº 8.429/92 é um instrumento jurídico que possui como objetivo, dentre outros, processar gestores ímprobos em face de atitudes que não se coadunam com o exercício da

função pública. A lei possui previsão de punição para o enriquecimento ilícito, para a lesão causada ao erário, e para as ofensas causadas à Administração Pública em face do descumprimento de seus princípios. Suas sanções irão repercutir na esfera administrativa, política, civil e patrimonial.

A redação desta Lei, no entanto, foi feita com a utilização de diversos conceitos jurídicos indeterminados e com a utilização de princípios, causando uma onda de interpretações contraditórias em face da enorme margem de subjetivismo que isto implica.

Longe de busca complicar ainda mais este quadro, a utilização da regra-matriz de improbidade tem como objetivo alterar o quadro da atual do julgamento das ações de improbidade, propiciando aos juízos que guiem a forma de redigir suas sentenças por um padrão que priorize cada elemento da norma jurídica e que encontre o seu real significado.

A construção da norma de improbidade é um caminho que o intérprete pode seguir para fugir dessa indeterminação legal, através da aplicação da regra-matriz de incidência. Conforme foi visto, este modelo tem por único objetivo facilitar a aplicação da norma jurídica de forma a tornar possível a verificação de cada um dos seus elementos de forma lógica.

Apesar deste modelo ter sido aplicado originariamente na seara tributária, restou comprovado que possui aplicabilidade prática em outras áreas do direito, e tendo isto em mente, foi proposto um modelo de regra-matriz da norma de improbidade que seguisse os mesmos princípios lógicos do modelo tributário.

Foram feitas algumas adaptações no modelo tributário para adequar alguns critérios à norma de improbidade. Ademais, foram mantidos em sua integralidade os critérios material, espacial e temporal, além do critério pessoal. Com relação ao consequente, retirou-se a base de cálculo e a alíquota, presentes na regra-matriz tributária, para ali inserir o valor do enriquecimento ilícito sem o qual não há como se configurar o tipo do art. 9º.

Como se pôde perceber, esse modelo conseguiu aferir com precisão os elementos da norma de improbidade, identificando-lhes inclusive as minúcias, tornando possível ao aplicador do direito partir de um local pré-determinado para chegar ao conteúdo da norma de improbidade.

De mais a mais, há que admitir a utilidade prática desta teoria na seara da improbidade administrativa, que se encontra inundada de uma jurisprudência que muitas vezes mostrava-se flagrantemente contraditória.

Com isto, buscou-se resolver o problema decorrente das flutuações doutrinárias e jurisprudenciais com os quais o intérprete se deparava ao tentar esquematizar a norma de

improbidade, tornando possível que este instrumento jurídico venha a se coadunar com a lógica jurídica e melhor o tratamento dado no sistema jurídico à norma de improbidade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos jurídicos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes, **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad.: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BRASIL, STJ. *REsp 621.415/MG*, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/45474/recurso-especial-resp-621415-mg-2003-0211229-2>>. Acesso em: 15/08/2014.

BRASIL, STJ. *REsp 626.034/RS*, 2ª Turma, Rel. Min. Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158254/recurso-especial-resp-626034-rs-2004-0015832-1/relatorio-e-voto-12879102>>. Acesso em: 18/08/2014.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito (o Construtivismo Lógico-Semântico)**. (Tese de Doutorado). Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=147777>. Acesso em: 18/08/2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. **Despesa Pública: Estrutura, função e controle judicial** (Dissertação de Mestrado). Disponível em:

<<http://www.repositorio.ufal.br/handle/123456789/1378>>. Acesso em: 18/08/2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, **Ronald**. **Levando os Direitos a Sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GARCIA, Emerson; ALVEZ, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. Disponível em:

<<http://www.trf5.jus.br/downloads/rev08.pdf#page=177>>. Acesso em 10/08/2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SAMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento Tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, Thais Prata da. **Controle judicial do ato administrativo praticado com base em dispositivo legal contendo conceito jurídico indeterminado** (Dissertação de Mestrado). Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp087463.pdf>>. Acesso em: 18/08/2014.

SUNDFIELD, Carlos Ari Vieira. **Princípio é preguiça?** In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILANOVA, Lourival. VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Artigo enviado em: 01.01.2021.

Artigo aceito em: 01.03.2021.