

**CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA: INAPLICABILIDADE DA *OVERBREADTH*  
*DOCTRINE* À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**ADMINISTRATIVE CORRUPTION: INAPPLICABILITY OF THE  
OVERBREADTH DOCTRINE IN THE LAW OF ADMINISTRATIVE  
MISCONDUCT**

JOSÉ ANTONIO REMEDIO<sup>1</sup>  
VINÍCIUS PACHECO FLUMINHAN<sup>2</sup>

**RESUMO:**

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como lei maior a Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal brasileira contempla, em especial no art. 5º, inúmeros direitos e garantias individuais e coletivos e, ao mesmo tempo, prevê no art. 37, § 4º, a aplicação de severas sanções no caso de prática de atos de improbidade administrativa. O art. 37, § 4º da Constituição Federal é disciplinado pela Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. Em 2009, o Partido da Mobilização Nacional (PMN) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.295) perante o Supremo Tribunal Federal, impugnando treze artigos da Lei 8.429/92, com fundamento, essencialmente, na *Overbreadth Doctrine*, originária do Direito Norte-Americano. O trabalho analisa a *Overbreadth Doctrine* e busca demonstrar sua inaplicabilidade em relação ao Direito Brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Improbidade Administrativa; Direitos Difusos; Controle de Constitucionalidade; *Overbreadth Doctrine*.

**ABSTRACT:**

The Federative Republic of Brazil is a rightful democratic state, having as its higher tier law the 1988 Constitution. The Brazilian Federal Constitution contemplates, especially in art. 5th, numerous individual and collective rights and guarantees, while at the same time, provides in

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado pela PUCSP. Promotor de Justiça aposentado. Professor de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da UNIMEP.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela PUC-CAMPINAS. Graduado em Filosofia pela UNICAMP. Mestrando em Direito pela UNIMEP.

art. 37, § 4, the application of severe penalties for dishonesty administrative practice. The art. 37, § 4 of the Federal Constitution is governed by the Law 8.429/92, known as Law of Administrative Improbity. In 2009, the National Mobilization Party (PMN) filed a Direct Action of Unconstitutionality (ADI 4295) before the Supreme Court, challenging thirteen articles of the Law 8.429/92, based essentially on the Overbreadth Doctrine, originally from the North American Law . The paper analyzes the Overbreadth Doctrine and seeks to demonstrate its inapplicability in the Brazilian law.

**KEYWORDS:** Administrative Misconduct; Diffuse Rights; Judicial Review; Overbreadth Doctrine.

## 1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal brasileira de 1988 contempla, em especial no art. 5º, inúmeros direitos e garantias individuais e coletivas e, ao mesmo tempo, prevê no art. 37, § 4º, a aplicação de severas sanções no caso de prática de atos improbidade administrativa.

A improbidade administrativa, caracterizada pela prática de atos ilegais, imorais, de má gestão, corrupção, falcaturas e desonestidades, por particulares e agentes públicos, relacionados com a atividade administrativa estatal, colocam em risco o próprio Estado Democrático de Direito, pois os recursos existentes à disposição do Estado, mesmo quando corretamente aplicados, são insuficientes para atender a todas as suas finalidades, principalmente a concretização do bem comum.<sup>3</sup>

O art. 37, § 4º da Constituição Federal é disciplinado pela Lei n. 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional.

Existente há mais de vinte anos, a Lei n. 8.429/92 tem sido objeto de inúmeras críticas.

Em 2009, em especial, o Partido da Mobilização Nacional (PMN) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.295) perante o Supremo Tribunal Federal, impugnando treze artigos da Lei n. 8.429/92, com fundamento, essencialmente, na *Overbreadth Doctrine*, originária do Direito norte-americano.

---

<sup>3</sup> REMÉDIO, José Antonio; REMÉDIO, Davi Pereira. *Improbidade administrativa*. Cadernos de Direito, Editora Unimep, v. 10, n. 19, jul./dez. 2010, p. 138.

O argumento central expendido na ADI 4.295 é no sentido de que a Lei n. 8.429/92 possui conceitos tão vagos e amplos que sua aplicação atentaria contra os direitos fundamentais concernentes à segurança jurídica, à liberdade e ao devido processo legal. A premissa que norteia esse raciocínio é a *Overbreadth Doctrine*, que defende a incompatibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados com a ideia de Estado Democrático de Direito.

O trabalho, valendo-se do método hipotético-dedutivo e do critério comparativo, analisa a *Overbreadth Doctrine* do Direito norte-americano e busca demonstrar sua inaplicabilidade em relação ao Direito brasileiro.

## **2. A OVERBREADTH DOCTRINE NORTE-AMERICANA**

A expressão *Overbreadth Doctrine* é composta por duas palavras. A palavra *overbreadth* é integrada pelo prefixo *over* e pelo termo *breadth*. O termo *over* pode ser aplicado como advérbio, preposição ou prefixo de outras palavras, e pode ser traduzido por "hiper", "super" ou "excessivo". O termo *breadth* significa "largueza", "amplitude" ou "dimensão". *Doctrine*, por sua vez, significa "doutrina" ou "teoria". Assim, para os fins deste estudo, a *Overbreadth Doctrine* seria em nosso vernáculo a doutrina da "superamplitude", da "hiperdimensão" ou da "largueza excessiva" dos textos legais.

Em termos gerais, a doutrina sustenta que uma lei calcada em definições demasiadamente amplas pode ser invalidada sempre que, a pretexto de proteger determinados direitos constitucionais, acaba violando, indiretamente e sem intenção do legislador, outros direitos igualmente protegidos pela Constituição.

John Decker, parafraseando decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, assevera que a *Overbreadth Doctrine* mostra-se pertinente "*if a statute's language, given its normal meaning, is so broad, that the statute's sanctions may unnecessarily apply to conduct that the state is not entitled to regulate, it is overbroad*"<sup>4</sup> ou, conforme nossa tradução, "se a lei, dado o significado habitual de seus termos, é tão abrangente a ponto de poder vir a punir conduta que o Estado não pretendia sancionar, ela é (inválida por ser) excessivamente ampla".

---

<sup>4</sup> DECKER, John F. *Overbreadth outside the first amendment*. New Mexico Law Review. V. 34. Albuquerque: University of New Mexico Press, 2004, p. 56.

Para Maria Chaves de Mello, a *Overbreadth Doctrine* é a teoria "segundo a qual uma lei pode ser declarada inconstitucional caso possa ser usada para restringir a liberdade de falar ou de agir".<sup>5</sup>

Em suma, com base na doutrina, sempre que a utilização de conceitos indeterminados de uma norma jurídica proibir o que a Constituição deseja proibir, mas ao mesmo tempo, embora não seja esta a pretensão da mesma lei, proibir também aquilo que a Constituição não proíbe, ter-se-á uma lei nula em razão da amplitude excessiva de seus termos.

Esta é a ideia genérica da *Overbreadth Doctrine*.

Historicamente, a *Overbreadth Doctrine* tem origem nas interpretações envolvendo a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, e é neste ambiente jurídico que ela se desenvolveu e tem sido aplicada pela Suprema Corte daquele país. Conforme esclarece Edward Corwin, as primeiras dez emendas da Constituição norte-americana constituem a chamada Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) e a primeira delas protege as liberdades de religião, de expressão, de imprensa, de associação e o direito de petição<sup>6</sup>.

Embora a jurisprudência americana apresente casos de aplicação da doutrina para todos os direitos protegidos pela Primeira Emenda, a verdade é que seu uso original e suas aplicações mais frequentes e atuais envolvem as controvérsias sobre a liberdade de expressão.

A primeira notícia que se tem quanto à aplicação da doutrina, não a mencionando expressamente mas baseando-se na sua idéia essencial, foi o caso *Thornhill vs Alabama*, no ano de 1940, onde ficou consagrada a liberdade de expressão de um trabalhador durante o movimento de greve do qual participou.<sup>7</sup>

Até hoje juristas americanos denominam a doutrina em estudo como "*free speech Overbreadth Doctrine*"<sup>8</sup>, deixando assim evidente que seu nascedouro foi a proteção à liberdade de expressão.

As liberdades de religião, de expressão e de imprensa são sensíveis a qualquer restrição legal que utilize uma linguagem larga, confusa ou ambígua. Não seria difícil concluir, no contexto da Constituição norte-americana, que uma norma prevendo a pena capital por enforcamento seria inconstitucional por ferir a Oitava Emenda, que proíbe a utilização de penas cruéis. Também não seria trabalhoso vislumbrar que uma norma prevendo julgamento judicial secreto e sem o júri popular seria inconstitucional por violar a Sexta

---

<sup>5</sup> MELLO, Maria Chaves. Dicionário Jurídico português-inglês. 9ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 884.

<sup>6</sup> CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986. p. 228-229.

<sup>7</sup> DECKER, 2004, p. 65.

<sup>8</sup> MEIER, Luke. *A Broad Attack on Overbreadth*. Valparaiso University Law Review. V. 40. Valparaiso University Press, 2005, p. 114.

Emenda, que garante julgamentos públicos através de júri. Nesses exemplos não existe um problema de linguagem que acarrete maiores dificuldades ao intérprete.

No âmbito da Primeira Emenda, entretanto, não se pode dizer o mesmo. Normas que proibissem, com termos excessivamente amplos, a utilização de símbolos religiosos em espaços públicos, ou que limitassem a liberdade de imprensa, ou ainda, que vedassem todo tipo de nudez em qualquer exposição pública a menores de 18 anos, certamente gerariam profundas controvérsias. Elas estariam, a despeito de seus objetivos legítimos, impedindo, por exemplo, o funcionário público de portar o crucifixo no próprio corpo em seu ambiente de trabalho, os jornalistas de exercerem seu ofício e os pintores e escultores mais renomados de exporem imagens de nudez artística ao público juvenil.

Como se vê, nesses últimos exemplos, relacionados com a Primeira Emenda, ao contrário do que ocorre com outras categorias de direitos, o uso da linguagem na lei deve ser cauteloso e o mais preciso possível, sob pena de violação a direitos também protegidos constitucionalmente, como é o caso da liberdade de religião, de trabalho e de expressão.

Não é difícil perceber que, em se tratando de direitos protegidos pela Primeira Emenda, existe uma sutileza muito grande na fronteira entre o lícito e o ilícito. Por isso, se as definições desta fronteira são fluidas demais, ou seja, demasiadamente vagas, é sinal de que a norma apresenta problema de linguagem. É justamente para solucionar problemas de linguagem, no âmbito da Primeira Emenda, que se encontra no Direito norte-americano a aplicação da *Overbreadth Doctrine*.

Mas não basta uma linguagem ambígua para que a *Overbreadth Doctrine* seja aplicada pelos Tribunais norte-americanos. Nem toda norma jurídica merece invalidação simplesmente por conter conceitos indeterminados. Existem parâmetros objetivos para a sua aplicação. O direito envolvido na controvérsia, consoante entendimento dominante, deve estar protegido pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. Além disso, existem requisitos que decorrem da própria forma pela qual se faz o controle de constitucionalidade naquele país.

Nos Estados Unidos da América não existe controle de constitucionalidade concentrado. Os cidadãos discutem a legitimidade das leis e obtêm a sua invalidação parcial ou total sempre a partir de um caso concreto levado às Cortes. Em geral, as partes envolvidas definem a controvérsia da constitucionalidade optando pela invalidação total da lei (*facial challenge*) ou pela invalidação parcial para um caso concreto (*as applied challenge*)<sup>9</sup>,

---

<sup>9</sup> DECKER, 2004, p. 58.

ponderando sempre que os ônus processuais e os efeitos das decisões são diferentes nas duas situações.<sup>10</sup>

No primeiro caso (*facial challenge*), a Corte abstrai a aplicação da lei ao caso concreto e verifica se, hipoteticamente, apenas por seus próprios termos e objetivos, existe alguma afronta à Constituição. Trata-se de análise que leva em consideração a proporcionalidade entre os fins almejados pela lei e os meios por ela eleitos para alcançar este fim, ou seja, se a linguagem vaga utilizada é racionalmente justificável em função dos objetivos traçados pela lei. A reflexão do julgador se dá pela máxima mencionada por John Decker, citando decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, de que “*the challenge... be rejected unless there exists no set of circumstances in which the statute can constitutionally be applied*”<sup>11</sup>, deixando claro que a invalidação total da norma ocorre apenas e tão somente se não houver qualquer circunstância ou interpretação possível que a torne constitucional.

No segundo caso (*as applied challenge*), a análise da Corte sobre a lei pondera sua aplicação ao caso concreto e delibera a respeito da sua constitucionalidade apenas para uma aplicação específica. Contudo, excepcionalmente, se a matéria versar sobre direitos protegidos pela Primeira Emenda (liberdade de expressão, de religião, de imprensa, o direito de associação e de petição), a Corte deve invalidar toda a norma. A exceção referida, ressalte-se, só é aceita quando os direitos protegidos pela Primeira Emenda sejam substancialmente feridos pela lei, tratando-se de análise através da qual a Corte identifica a violação substancial calculando “*the empirical relationship between the number of applications that would be constitutional and those that would be unconstitutional*”<sup>12</sup>, ou seja, a Corte só invalida a lei se as interpretações para sua aplicação inconstitucional são de tal magnitude que as desvantagens de sua aplicação superam os benefícios sociais que ela almeja produzir, tornando-a assim inviável.

Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir que *Overbreadht Doctrine* só implica no reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei se:

- a) ela apresentar ambiguidades no seu texto por conta de conceitos indeterminados;
- b) ela violar, em função desta ambiguidade, os direitos protegidos pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América: mediante incompatibilidade com a Constituição numa análise abstrata e *a priori* (*facial challenge*); ou, excepcionalmente, quando aplicada a

---

<sup>10</sup> DECKER, 2004, p. 58.

<sup>11</sup> DECKER, 2004, p. 58.

<sup>12</sup> MEIER, 2005, p. 132. Tradução livre: “a relação empírica entre o número de aplicações que seriam constitucionais e aquelas que seriam inconstitucionais”.

um caso concreto, venha a violar os direitos da Primeira Emenda de forma tão substancial que a prudência recomende sua invalidação total.

### **3. A *OVERBREADTH DOCTRINE* E O DIREITO BRASILEIRO**

Estabelecidos os pontos principais da *Overbreadth Doctrine* norte-americana, vários são os aspectos que podem ser considerados objetivando demonstrar sua inaplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, em especial em relação à Lei n. 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa).

Inicialmente, destaca-se que são distintas as naturezas jurídicas dos bens protegidos nos Estados Unidos da América pela *Overbreadth Doctrine* e dos bens protegidos no Brasil pela Lei n. 8.492/92.

Enquanto a *Overbreadth Doctrine*, consoante entendimento jurisprudencial dominante, tem aplicação restrita aos direitos relativos à Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, ou seja, a liberdade de imprensa, de expressão, de associação, de religião e o direito de petição, os bens jurídicos protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa correspondem, em síntese, à proteção e preservação da moralidade administrativa, da boa gestão administrativa, do patrimônio público.

O direito à probidade administrativa identifica-se como direito difuso.

A respeito da questão, o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, confere legitimação extraordinária ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a proteção do patrimônio público, como substituto processual de toda a coletividade e, por conseguinte, na defesa de autêntico interesse difuso.<sup>13</sup>

Não se nega que a impugnação formulada na ADI 4295 menciona trabalho doutrinário que pretende justamente ver a aplicação da *Overbreadth Doctrine* fora do âmbito dos direitos protegidos pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Contudo, o próprio autor do trabalho citado na impugnação (John Decker), admite que as Cortes americanas não mencionam expressamente tal doutrina nas lides envolvendo direitos diferentes daqueles

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 208.790-SP. Ministro Ilmar Galvão. *DJ*, 15 dez. 2000, p. 105.

garantidos pela Primeira Emenda; ao contrário, reconhece que os Tribunais daquele país por vezes reafirmam que o único contexto de sua aplicação é realmente a Primeira Emenda.<sup>14</sup>

Também é importante destacar que a controvérsia a este respeito nos Estados Unidos da América é tão grande que existem juristas favoráveis à abolição da própria *Overbreadth Doctrine*. Com efeito, Luke Meier, por exemplo, tem defendido tal posição na medida em que a referida doutrina tem levado a um desvirtuamento das funções do Poder Judiciário daquele país, que não é acostumado às formas de controle abstrato de constitucionalidade.<sup>15</sup>

Ora, na linha do pensamento de Luke Meier, se a aplicação da *Overbreadth Doctrine* é discutível até mesmo para proteger os direitos da Primeira Emenda da Constituição norte-americana, âmbito jurídico que lhe deu nascimento, seria adequado aplicá-la agora, no Brasil, para impugnar a Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)?

Sob nossa ótica, os direitos em debate na ADI 4295 são totalmente estranhos à vocação originária e atual da *Overbreadth Doctrine* norte-americana, não se vislumbrando adequação no uso da doutrina na tentativa de invalidar a Lei n. 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa).

Em segundo lugar, a *Overbreadth Doctrine*, ainda que se admita seu uso no Direito norte-americano, tem como fundamento básico para o reconhecimento da inconstitucionalidade a impossibilidade de utilização de conceitos jurídicos indeterminados no texto legal, forma de pensar esta que não possui aplicabilidade no Brasil, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro admite o uso de conceitos jurídicos indeterminados.

O uso de conceitos abertos, na verdade, constitui técnica legislativa legítima mesmo nos ordenamentos jurídicos liberais. Quando as normas jurídicas carregam definições insuficientes, o direito realmente torna-se impraticável por dar margem a hesitações e controvérsias geradoras de insegurança jurídica, mas nem todas as variações de um conceito precisam entrar num dispositivo legal. Existem também conceitos elásticos que são indispensáveis ao Direito.

Conforme Jean-Luis Bergel, o direito, ao lado de noções rigorosamente definidas de maneira precisa e objetiva, recorre a noções flexíveis, suscetíveis de uma apreciação subjetiva

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.495-DF. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sl=4295&processo=4295>>. Acesso em 11 mar. 2013.

<sup>15</sup> MEIER, 2005, p. 132.

e evolutiva, sendo que o legislador, muitas vezes, introduz deliberadamente tais noções nos textos para possibilitar ao juiz ou às autoridades públicas maior liberdade de apreciação.<sup>16</sup>

Conceitos jurídicos indeterminados "são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possa atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma",<sup>17</sup> como se verifica, por exemplo, com as expressões "ordem pública", "bons costumes", interesse público" e "segurança nacional"<sup>18</sup> ou, conforme o Superior Tribunal de Justiça, com as questões de segurança, ordem, saúde e economia.<sup>19</sup>

As definições abertas são úteis para manter o equilíbrio entre a ordem jurídica e o meio social, tornando assim legítimo seu uso pelo legislador para que a norma possa alcançar o máximo de eficácia na tutela do bem jurídico por ela protegido.

O entendimento jurisprudencial brasileiro sufraga o entendimento no sentido de se admitir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, como ocorreu, por exemplo, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal relativamente ao ato político administrativo de extradição.<sup>20</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, ao tratar da equidade, decidiu que "a apreciação equitativa do juiz" constitui conceito jurídico indeterminado, dependente sempre do caso concreto.<sup>21</sup>

A abertura dos conceitos da Lei n. 8.429/92 é uma decorrência natural da própria elasticidade dos conceitos de probidade e moralidade administrativas.

Com efeito, a fluidez das definições presentes na Lei n. 8.429/92 resulta do perceptível grau de indeterminabilidade que envolve o próprio conceito de probidade. As definições jurídicas presentes na referida lei não poderiam, naturalmente, ter uma forma detalhada e cerrada. Por mais que se tenha uma noção exata da diferença entre o ato honesto e o desonesto, o conceito de probidade não comporta definição precisa e fechada. Daí a necessidade de utilização de conceitos abertos na lei. Neste sentido, sensata e pertinente a lição de Nicolao Dino de Castro Neto, para quem "a identificação do ato de improbidade não

---

<sup>16</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 260.

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 46.

<sup>18</sup> REMÉDIO, José Antonio. *Direito administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 209.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.284.520-GO. Ministro Humberto Martins. Brasília: *DJe*, 8 mar. 2013.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 11.243-República Italiana. Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 5 out. 2011.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 199.288-SP. Ministro Ari Pargendler. Brasília: *DJ*, 23 nov. 1998, p. 173.

exige apenas a utilização da capacidade cognoscitiva do aplicador do Direito, mas sobretudo da ponderável aferição de elementos subjetivos”.<sup>22</sup>

Assim, inexistindo qualquer ilegitimidade na utilização de conceitos abertos ou jurídicos indeterminados em relação à Lei n. 8.429/92, torna-se descabida a aplicação da *Overbreadth Doctrine* em relação ao referido diploma normativo.

Por outro lado, mesmo que se admitisse a aplicação da *Overbreadth Doctrine* na discussão sobre os conceitos indeterminados da Lei n. 8.429/92, ainda assim não se poderia daí colher bons frutos.

É que a impugnação formulada pela ADI 4.295 atinge a Lei de Improbidade praticamente por inteiro (treze artigos de um total de vinte e cinco), como se o uso de definições amplas fosse nocivo e proibido *a priori* em qualquer norma jurídica.

Em terceiro lugar, assevera-se que a Lei Bilac Pinto, aplicável no passado por mais de trinta anos, corrobora o raciocínio antes expendido, no sentido de ser admissível o uso de conceitos jurídicos indeterminados em relação à Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei n. 8.429/92 foi antecedida por outras normas voltadas ao combate à corrupção no Brasil, entre elas a Lei n. 3.502/58, batizada de Lei Bilac Pinto em homenagem ao seu idealizador. No bojo da Lei n. 3.502/58 encontramos, entre outros temas, a descrição de várias condutas envolvendo o enriquecimento ilícito do agente público, sendo que tais condutas foram praticamente reproduzidas na atual Lei de Improbidade Administrativa.

Em se tratando de norma intimamente relacionada com o princípio da moralidade na administração pública, a técnica adotada por Bilac Pinto para a descrição das condutas de enriquecimento ilícito, como não poderia deixar de ser, foi inspirada em definições abertas que permitissem sua aplicação de forma eficaz.

Segundo Bilac Pinto, a Lei n. 3.502/58, fiel ao texto constitucional, formulou norma destinada a punir todas as formas de enriquecimento ilícito dos que exercem cargos ou funções nos governos e nas entidades públicas e entidades privadas indicadas no texto normativo, sendo que "a fixação desse amplo alcance da norma constitui elemento importante para a sua exata inteligência".<sup>23</sup>

O pensamento de Bilac Pinto deixa evidente que o tratamento jurídico de condutas ímprobadas na administração pública não comporta definições fechadas. Nesta seara, a tarefa do

---

<sup>22</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais. In.: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Nívio de; ANJOS, Roberto dos (Orgs.). *Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 343.

<sup>23</sup> PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 134.

legislador deve limitar-se a obter indutivamente a descrição genérica das condutas tipicamente ímprobos e deixar para a apreciação das autoridades públicas a avaliação da honestidade ou não da conduta.

Importante observar que a Lei Bilac Pinto nunca foi objeto de questionamento em controle concentrado de constitucionalidade. É bem verdade que uma norma jurídica não perde eventuais vícios de constitucionalidade apenas pelo passar do tempo, mas não deixa de ser curiosa a eloquente ausência de impugnação por mais de três décadas, uma vez que a Lei Bilac Pinto foi publicada no ano de 1958 e revogada apenas no ano de 1992, pelo art. 25 da Lei n. 8.429/92.

Constata-se, assim, que o uso de conceitos jurídicos indeterminados é uma prática antiga no sistema normativo brasileiro, e que inexistente qualquer óbice à continuidade de sua utilização, inclusive em relação à Lei n. 8.429/92, que atualmente disciplina em nível infraconstitucional o combate à improbidade administrativa.

Somente para efeito de argumentação, a não adoção de conceitos jurídicos indeterminados no combate à improbidade administrativa nos remeteria à seguinte questão: haveria combate eficaz à maleabilidade dos corruptos ou ímprobos sem a correspondente maleabilidade dos termos legais? Parece-nos que não. Caso levada às últimas consequências a aplicação da *Overbreadth Doctrine* na análise da Lei n. 8.429/92, o resultado seria desastroso. Tomando-se por ilegítima a técnica legislativa por ela adotada, a conclusão inevitável é de que jamais haveria efetivo combate à corrupção administrativa, pois seria impossível descrever precisa e minuciosamente todas as situações em que uma conduta seja considerada desonesta!

Em quarto lugar, a natureza jurídica da sanção aplicável no caso de prática de improbidade administrativa também aponta para a inaplicabilidade da *Overbreadth Doctrine* em relação à Lei n. 8.429/92.

Mesmo no âmbito da legislação penal, dentro do qual a preocupação com a liberdade do cidadão procura afastar qualquer vagueza na tipificação dos delitos, não é difícil encontrar definições abertas, como é o caso dos crimes de difamação, desacato e abuso de autoridade, ou ainda, as denominadas "normas penais em branco". Todas são normas nitidamente menos objetivas do que aquelas que definem o furto ou o homicídio, por exemplo.

No caso da Lei de Improbidade, a Constituição determina que aos agentes públicos ímprobos ou corruptos sejam aplicadas as sanções previstas no art. 37, § 4º, e ressalva expressamente que tais punições não excluem as sanções de natureza penal, deixando assim evidente que a sanção por improbidade não possui natureza penal.

A propósito, a doutrina majoritária defende que a sanção por improbidade administrativa não possui caráter penal,<sup>24</sup> sendo este também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, por maioria, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2.794 e 2.860.

Ora, se a indeterminação de conceitos é legítima até para tipos penais incriminadores, por que razão não haveria de sê-lo para a definição dos atos de improbidade? Seria coerente admitir a indeterminação para a persecução penal e não admiti-la para sanções de índole civil, administrativa ou política? Por que haveria inconstitucionalidade num caso e não no outro?

Assim, embora as normas penais, em determinadas situações, admitam o uso de conceitos jurídicos indeterminados, a ausência de natureza penal nas normas da Lei n. 8.429/92 é também um fator legitimador da indeterminação de seus conceitos.

O raciocínio antes expendido não é elidido nem mesmo em face de eventual argumentação, como formulado na ADI 4.295, no sentido de que a indeterminação de conceitos, no tocante à descrição dos atos ímprobos, pode levar a situações absurdas, que não mereceriam sanção, como nos casos, por exemplo, do servidor público que usa a impressora da repartição para imprimir documento particular, que usa o telefone para rápida ligação particular ou, ainda, que aceita presentes inexpressivos pelos serviços que presta.

Na verdade, a maior ou menor relevância da conduta ímproba não está relacionada com o fato de os atos de improbidade administrativa serem descritos em normas abertas. A importância ou não dos atos mercedores de punição deriva principalmente do elemento subjetivo da conduta do agente, aliado, não se nega, ao resultado danoso de sua ação ou omissão, mas o dano, no caso, não precisa ser necessariamente material.

Não importa se o agente público obtém grandes vantagens econômicas pela prática de atos considerados ímprobos ou apenas um pequeno presente do administrado por motivação unilateral e gentil deste último. O objetivo da Lei n. 8.429/92 é reprimir a desonestidade e a malícia no recebimento de vantagens econômicas, não importando se elas correspondem a R\$1,00 ou R\$1.000.000,00.

Tanto é assim, que a ofensa ao princípio da moralidade administrativa, por si, constitui improbidade administrativa (Constituição Federal, arts. 37, "caput" e § 4º, e Lei n. 8.429/92, art. 11).

---

<sup>24</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 135; e MORAES, Alexandre. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 335.

De fato, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a Lei de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), que causem prejuízo ao erário (art. 10) ou que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), compreendida na última hipótese a lesão à moralidade administrativa.<sup>25</sup>

O fator relevante na apreciação do ato ímprobo é perquirir sobre a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois, estando ele presente, qualquer ato merecerá sanção, independentemente dos valores envolvidos, já que o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é extirpar da vida pública a desonestidade, a má-fé e o desvio de caráter do agente público no trato com a coisa pública.

Ora, a análise do elemento subjetivo da conduta do agente não ofende qualquer princípio do Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, é justamente este procedimento que traduz respeito absoluto ao devido processo legal, ao contraditório, à presunção de inocência e à ampla defesa.

Portanto, não existe na Lei n. 8.429/92 qualquer "superamplitude", "hiperdimensão" ou "largueza excessiva" na descrição dos atos de improbidade administrativa, como exigiria a *Overbreadth Doctrine*. Se existe alguma indeterminação na lei, ela certamente não diz respeito à descrição objetiva dos atos de improbidade em si, mas à natural necessidade da norma, enquanto conceito jurídico indeterminado, de ser complementada pela verificação da intenção do agente na prática do ato.

Em quinto lugar, também não vem em socorro da aplicabilidade da *Overbreadth Doctrine* o fato de a Lei n. 8.429/92, ao descrever os atos de improbidade administrativa, trazer em seu bojo conceitos jurídicos indeterminados vinculados a severas sanções aplicáveis aos agentes faltosos.

A gravidade ou severidade das sanções previstas na Lei n. 8.429/92 não afasta a possibilidade de os atos de improbidade administrativa serem integrados por conceitos jurídicos indeterminados.

Em qualquer área do Direito, como por exemplo no Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Direito do Trabalho e Direito Administrativo, encontram-se controvérsias envolvendo o poder punitivo, todas geralmente atreladas a possíveis sanções que devem ser

---

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 734.984-SP. Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 16 jun. 2008.

ponderadas pelo julgador, a fim de que se observe um mínimo de proporcionalidade e adequação entre a gravidade do ato ilícito e a sanção aplicável em concreto.

No caso da Lei de Improbidade Administrativa não é diferente.

A Lei n. 8.429/92 estipula *standards* para a punição dos agentes públicos e gradua todas as sanções possíveis, deixando ao prudente critério da autoridade julgadora a dosagem final da sanção, tal como ocorre nos processos punitivos e disciplinares das mais variadas searas do Direito.

O maior ou menor rigor das sanções decorre, em regra, da maior ou menor gravidade do fato e da conduta descrita pelo legislador de forma ampla, em especial em relação à apreciação do elemento subjetivo ou intenção do agente.

Não é a indeterminação dos conceitos que leva a uma sanção mais rigorosa do agente, mas sim os dados do próprio ato ímprobo, tais como a personalidade do agente, sua vida pregressa na Administração Pública, o grau de participação no ilícito, a gravidade moral e material dos fatos, sua repercussão social, o eventual concurso de ilícitos, etc.

Em outras palavras, as sanções não são mais severas porque os atos de improbidade da Lei n. 8.429/92 possuem conceitos abertos, mas sim em função dos critérios acima mencionados e já consagrados há muito tempo na jurisprudência em matéria de dosimetria de sanções nas mais diversas searas do Direito.

É importante ressaltar que, com base nos mesmos critérios, as sanções poderiam ser menos severas, dentro dos parâmetros previstos no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e art. 12 da Lei n. 8.429/92.

Tanto é assim, que o "caput" do art. 12 da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela Lei 12.120/09, estatui que o responsável pelo ato de improbidade administrativa está sujeito a uma série de cominações ou sanções, "que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato".

A severidade e a graduação das sanções, assim, não estão relacionadas com a indeterminação dos conceitos trazidos pela lei ao responsável pelo ato de improbidade administrativa. Não é a indeterminação dos conceitos que leva às severas penas ou a nenhuma pena, mas sim a apreciação de todos os elementos do ato ímprobo.

Em sexto lugar, dado que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro difere do sistema norte-americano, seria difícil a adaptação da *Overbreadth Doctrine* ao direito pátrio, principalmente em relação ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade, já que o modelo norte-americano não admite tal modalidade de controle.

A tentativa de invalidação total da lei (*facial challenge*), no sistema norte-americano, pressupõe que, em função da vagueza excessiva de seus termos, não haja qualquer possibilidade de interpretação constitucional da norma impugnada. Diferentemente, no controle de constitucionalidade brasileiro são permitidos ajustes na aplicação da lei através da técnica da “interpretação conforme a Constituição”. No sistema norte-americano, ao contrário, uma demanda baseada na *Overbreadth Doctrine* não permite ajustes através da interpretação.

Com efeito, não é dada a chance de uma interpretação compatível conforme a Constituição, na medida em que as Cortes Americanas invalidam as normas por inteiro ante a ausência de ao menos uma interpretação constitucional.

No caso da invalidação parcial da lei (*as applied challenge*), especificamente quando aplicada a *Overbreadth Doctrine*, a análise de um caso concreto de aplicação inconstitucional levaria à invalidação total da lei quando a ofensa aos direitos protegidos pela Primeira Emenda fosse substancial. Seria necessário, para sua aplicação no Brasil, que a liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de associação e o direito de petição fossem atingidas de forma "substancial" pela aplicação da Lei n. 8.429/92 num caso concreto.

Ora, a hipótese acima não ocorre pela simples razão de que os bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa são completamente diferentes daqueles referidos pela Primeira Emenda norte-americana. E mesmo que se desse uma abertura ampla à *Overbreadth Doctrine*, não é de se olvidar que ela pressupõe uma adequada ponderação entre os direitos que a norma impugnada supostamente afronta e aqueles que ela visa proteger. Segundo a Suprema Corte Americana, apenas quando esta relação é muito desfavorável à manutenção da norma é que ela deve ser invalidada.

Aplicando-se tal entendimento em solo brasileiro, ter-se-ia a invalidação total da Lei n. 8.429/92 diante de uma violação substancial aos princípios da legalidade e do devido processo legal, por exemplo, desde que um único dispositivo da Lei atingisse tais princípios de forma substancial. Todavia, ainda que alguns de seus dispositivos legais tivessem tais características, o que se admite aqui apenas para fins de argumentação, mesmo assim a Lei não precisaria ser invalidada *in totum*, como ocorre na *Overbreadth Doctrine*.

Por fim, embora ainda não tenha ainda havido o julgamento de nenhuma ação direta de inconstitucionalidade da Lei n. 8.429/92 em seu aspecto material ou substancial, as inúmeras decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, inclusive com milhares de

condenações de responsáveis por atos de improbidade administrativa, constituem veementes indícios que corroboram a tese da constitucionalidade da Lei n. 8.429/92.<sup>26</sup>

A respeito da constitucionalidade da Lei n. 8.429/92, já se decidiu, no Brasil, que:<sup>27</sup>

- a) as sanções civis impostas pelo art. 12 da Lei n. 8.429/92 estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.182-DF);
- b) é constitucional a Lei n. 8.429/92, que veio regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 260.465-5/7);
- c) a Lei n. 8.429/92 é formal e materialmente constitucional (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 903.231-5/6-00).

De se destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.182, embora não tenha entrado em aspectos materiais ou substanciais concernentes ao texto legislativo, reconheceu que a Lei n. 8.429/92 não está maculada por suposto vício formal em seu processo legislativo.<sup>28</sup>

#### 4. CONCLUSÕES

A *Overbreadth Doctrine* norte-americana, em razão de suas características peculiares, não pode ser importada para o Direito brasileiro, sob pena de macular o sistema pátrio.

Ainda que se admita o uso da *Overbreadth Doctrine* no sistema norte-americano, seu uso, consoante expressivo entendimento jurisprudencial, estaria limitado aos direitos protegidos pela Primeira Emenda ((liberdade de expressão, de religião, de imprensa, o direito de associação e de petição), enquanto a Lei brasileira n. 8.429/92 brasileira visa a proteção da moralidade, honestidade e boa gestão administrativas.

O combate aos conceitos jurídicos indeterminados, que pode ser exercitado nos Estados Unidos da América por meio da *Overbreadth Doctrine*, não justifica a aplicação da teoria no Brasil, uma vez que o sistema de direito pátrio não só admite a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, mas entende serem eles úteis na definição de atos de improbidade.

Ademais, a aplicação da *Overbreadth Doctrine*, se levada às últimas consequências, implicaria na invalidação total da Lei n. 8.429/92, resultado esse completamente desarrazoado

---

<sup>26</sup> REMÉDIO, 2012, p. 486.

<sup>27</sup> REMÉDIO, 2012, p. 486.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.182-DF. Ministra Cármen Lúcia. *DJe*, 10 set. 2010.

e incoerente, inclusive pelo fato de a lei existir há mais de vinte anos, e de serem milhares as condenações de responsáveis por atos de improbidade administrativa, inclusive, em alguns casos incidentais, com respaldo do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A doutrina às vezes parece esquecer que o objetivo da Lei n. 8.429/92 é simplesmente garantir a probidade na Administração Pública e tem como fundamento de seus dispositivos a distinção entre o ato honesto e o ato desonesto. Esta distinção, por sua vez, embora leve a uma avaliação de índole subjetiva, mantém uma clareza que resulta das lições morais mais basilares que todos nós aprendemos desde o nascimento. É esta aprendizagem de sentido moral, aliás, que nos diferencia dos outros animais. Portanto, desde que os operadores do Direito façam valer a sua condição humana, a interpretação da Lei torna-se clara o suficiente para uma aplicação correta, justa e eficaz.

Diante de tais considerações, conclui-se que a aplicação da *Overbreadth Doctrine* norte-americana é inadequada para a impugnação, no Brasil, da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

## 5. REFERÊNCIAS

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 11 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em 11 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.284.520-GO. Ministro Humberto Martins. Brasília: *DJe*, 8 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 199.288-SP. Ministro Ari Pargendler. Brasília: *DJ*, 23 nov. 1998, p. 173.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 734.984-SP. Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 16 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.182-DF. Ministra Cármen Lúcia. *DJe*, 10 set. 2010

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.495-DF. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4295&processo=4295>>. Acesso em 11 mar. 2013.

- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 11.243-República Italiana. Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 5 out. 2011.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 208.790-SP. Ministro Ilmar Galvão. Brasília: *DJ*, 15 dez. 2000, p. 105.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais. In.: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Nívio de; ANJOS, Roberto dos (Orgs.). *Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 335-392.
- DECKER, John F. *Overbreadth outside the first amendment*. New Mexico Law Review. V. 34. Albuquerque: University of New Mexico Press, 2004.
- MEIER, Luke. *A Broad Attack on Overbreadth*. Valparaiso University Law Review. Vol. 40. Valparaiso University Press, 2005.
- MELLO, Maria Chaves. *Dicionário Jurídico português-inglês*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2009.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- REMÉDIO, José Antonio. *Direito administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2012.
- \_\_\_\_\_; REMÉDIO, Davi Pereira. *Improbidade administrativa*. Cadernos de Direito, Editora Unimep, v. 10, n. 19, jul./dez. 2010, p. 137-156.
- SAMPAIO, José A. L. *et al* (organizadores). *Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.