

## Opinião: Aspectos polêmicos da Lei de Improbidade Administrativa

Nos últimos dias 17 [1] e 29 [2], nesta mesma revista eletrônica, o caro Ricardo de Barros Leonel, professor associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), fez publicar inquietantes reflexões sobre de que maneira, em seu entender, a Lei nº 14.230/2021 passa a vigorar no ordenamento jurídico, imprimindo modificações no trato da



Seja porque as proposições do autor obscureceram pontos

centrais a respeito da própria natureza da nova Lei de Improbidade Administrativa, seja porque os escritos deixaram de enfrentar obstáculos que sabidamente infirmariam as suas proposições, com o mais devido respeito, verifica-se que o produto final resultou em um enviesamento interpretativo *in pejus* e que desconsiderou elementos estruturantes da teoria dos direitos fundamentais.

Nada melhor que o debate, especialmente com regras novas e que impactam de forma profunda o sistema normativo.

### 1) É preciso compreender o alcance dos direitos e garantias fundamentais em temas de Direito Sancionador

Segundo Barros Leonel, a garantia constitucional prevista pelo artigo 5º, inciso XL, "*é uma garantia aplicável especificamente ao Direito Penal*" que se reproduziria, se muito, no campo do Direito Administrativo disciplinar, sob aplicação da autoridade administrativa.

Como dissemos em publicação recente [3], mesmo a atuação do legislador, no sentido de estabelecer, de forma expressa, que ao sistema de improbidade se estenderiam os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador (artigo 1º, §4º), seria incapaz de evitar que se fizesse uma leitura reducionista do texto constitucional.

Há, contudo, diversas razões que justificam a retroatividade da norma mais benéfica em termos de Direito Sancionador, em sentido amplo: a) a prioridade (ou relevância jurídica) a ser emprestada à tutela de determinado bem; b) a eliminação do risco de que dois indivíduos se vejam tratados pelo Estado-juiz de forma diversa, por razões de critério estritamente temporal; e c) o caráter de princípio geral de Direito da retroatividade da norma mais benéfica, não limitado à esfera penal.

Por muito que se apegasse a uma leitura juridicamente empobrecida da garantia prevista pelo artigo 5º, inciso XL, da CR/88, para circunscrevê-la aos apertados limites do Direito Penal, ainda não se poderia atribuir letra vazia às garantias de sentido análogo previstas por instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário — e aqui não se está, nem de longe, tomando de empréstimo a experiência de outros países no tratamento do assunto, como sustenta o nosso interlocutor.

A rigor, a retroatividade da norma sancionadora mais benéfica constitui direito humano do cidadão, e, não sem razão, ocupa o rol de direitos civis e políticos da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Dessa forma, mesmo que se apequenasse, indevidamente, a amplitude da garantia prevista pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição, para circunscrevê-la às raias do Direito Penal, como sugere Ricardo de Barros Leonel, remanesceriam plenamente aplicáveis as garantias análogas previstas em compromissos internacionais que versem sobre direitos humanos, que são incorporados ao ordenamento jurídico interno, no mínimo, com status supralegal, como já decidiu o STF.

## **2) A realidade normativa nacional impõe tratamento adequado à regra sancionadora mais benéfica, segundo os predicados que lhes são conferidos pela própria Constituição**

A coerência de raciocínio nos leva a concluir que apartar da tutela jurídica da probidade o princípio da retroatividade da lei mais benéfica somente interessa a uma visão punitivista do papel do Estado, que, em sua essência, ignora que os direitos fundamentais deitam raízes exatamente no combate a esse tipo de incursão.

Para Barros Leonel, com quem dialogamos neste ensaio, *"a correta exegese indica que a retroatividade da lei mais benéfica se circunscreve ao Direito Penal (artigo 5º, XL da CF). Não se aplica à tutela da probidade. O artigo 37, §4º, da CF não tem tal previsão"*. Trata-se, como é evidente, de uma interpretação estritamente literal da garantia constitucional.

A ideia de que o artigo 37, §4º, da Constituição, não preveria a retroatividade da lei mais benéfica e que, por isso, o disposto pelo artigo 5º, inciso XL, não se aplicaria à tutela da probidade, é um engodo. Não é possível estabelecer essa relação de causa e consequência que nosso interlocutor propõe, inclusive porque nisso se esvaziaria o caráter interpretativo do direito.

Para além, ainda que, mais uma vez, se afastasse do campo de incidência da probidade administrativa a garantia prevista pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição, restariam híidas as garantias previstas por tratados e convenções internacionais que se debruçam sobre o tema, ponto por ele não enfrentado.

Conseqüentemente, se os ilícitos e as sanções decorrentes da improbidade são previstos por lei infraconstitucional, a existência da expressão "lei penal", no texto constitucional, não deverá ser

determinante para afastar a retroatividade da lei mais benéfica nas ações de improbidade.

Significa dizer, uma vez que as garantias previstas em compromissos internacionais têm, no mínimo, status supralegal, não há dúvidas de que imporão elas os seus efeitos também sobre a tutela da probidade, abrigadas sob o conceito amplo de Direito Sancionador.

Por outro lado, a tese de que *"a isonomia somente se verificaria em relação ao seu tempo de incidência e àqueles que, então, se submetiam a ela, (mas) não quanto à disciplina superveniente"* desafia inconstitucionalidade.

Ricardo Barros Leonel, com a passagem acima, parece não compreender a mensagem implícita nas normas jurídicas "destipificadoras" e "despenalizadoras", que indicam a ressignificação que faz o Estado a respeito da premência da tutela em torno de determinados bens jurídicos. Ignora a clara e inequívoca vontade válida e constitucional do legislador.

Nas palavras de José Afonso da Silva, *"se o Estado reconhece, pela lei nova, não mais necessária à defesa social a definição penal do fato, não seria justo nem jurídico alguém ser punido, e continuar executando a pena cominada em relação a alguém, só por haver praticado o fato anteriormente"* [\[4\]](#).

Portanto, em termos mais simples, a ideia de que determinado bem jurídico seria relevante para o Estado, e, logo em seguida, deixa de sê-lo, viabilizando a punição do agente no primeiro caso, mas não no segundo, cria um contrassenso que desafia a coerência do Direito enquanto sistema.

Sendo o bem jurídico idêntico — no caso, a probidade administrativa —, não há mudança substancial senão quanto à percepção que o Estado tem em torno da conduta, não podendo o ato pretérito subsistir como injurídico.

### **3) O conteúdo declaratório da ação de improbidade é acidental e juridicamente indissociável do pleito condenatório**

Por suas reflexões, Ricardo de Barros Leonel nos leva a formular questionamentos sobre pontos interessantes. É o caso da afirmação de que *"a atipicidade superveniente, na improbidade, não é razão para sentença de improcedência, mas, sim, para pronunciamento declaratório"*.

Afinal, há um conteúdo declaratório autônomo na ação de improbidade? A resposta é negativa e compreender adequadamente a Lei nº 14.230/2021 leva a que isso se confirme.

Em primeiro lugar, a rigor do preâmbulo da Lei de Improbidade Administrativa, tem-se que o diploma se presta a dispor *"sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade"*. O escopo da norma é dispor sobre as sanções decorrentes da violação aos atos por ela tipificados; o reconhecimento da violação é um *iter*, não um fim em si mesmo.

Em segundo lugar, da leitura do disposto pelos artigos 9º, 10 e 11 da LIA não se extrai um conteúdo jurídico autônomo de cunho meramente declaratório.

Assim como ocorre em sentenças condenatórias em geral, o conteúdo declaratório é ínsito à imposição da sanção, de sorte que a imposição da sanção pressupõe o reconhecimento, isto é, a declaração de que a

norma jurídica foi violada (*"As sentenças constitutivas, como as condenatórias, encerram ainda uma declaração, isto é, a declaração do direito à mudança jurídica ou à prestação"* [5]), mas isso não significa dizer que o conteúdo declaratório subsista por si mesmo.

Uma vez que decorre da própria atuação do Estado, na condição de Estado-legislador, a supressão de determinados tipos, ou a modificação ou extinção de determinadas sanções, não há sentido lógico, jurídico e muito menos econômico, que legitime o prosseguimento de um processo incapaz de cumprir o seu destino: o processo deixa de ser útil e o interesse de agir desaparece.

A autonomização do conteúdo declaratório da ação de improbidade, apenas para satisfazer os interesses subjetivos do Estado-acusador, não encontra amparo na lógica do Direito.

Tanto pior, a ideia de que a improcedência do pedido, ou a extinção do processo sem resolução do mérito, por força da entrada em vigor de lei mais benéfica, redundaria em um benefício ao agente, incorre em erro manifesto e faz pairar dúvidas sobre o estado de atipicidade que a norma vigente já cuidou de pacificar. Ladear esse fato é forçar a pretensão acusatória à custa da legalidade.

Vale aqui, ainda, apontar uma incoerência.

Sendo a LIA expressão do Direito Sancionador na tutela da probidade, o conteúdo declaratório autônomo nos tipos revogados ou nas sanções suprimidas, como propõe Barros Leonel, remove a Lei de Improbidade Administrativa desse âmbito (porque ausente, veja-se, a sanção), e a insere em um limbo jurídico.

#### **4) Prescrição intercorrente (*interfases*)**

No mais, a prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, nos exatos termos do artigo 189 do Código Civil. Trata-se de fenômeno jurídico de direito material que opera em favor do réu/devedor, assim entendido, nas palavras de Flávio Tartuce [6].

Como a prescrição interessa prioritariamente ao Direito material, posto que fulmine a pretensão, a ela se estendem as garantias constitucionais ou supralegais que asseguram a retroatividade da lei mais benéfica, no âmbito do Direito Sancionador. Não há como consentir com a proposição do nosso interlocutor, para quem *"o novo regime prescricional só pode ser aplicado para situações futuras, já sob a vigência da nova lei"*.

A propósito, a posição firmada pelo Ministério Público Federal em parecer emitido no STJ (REsp 1.966.002/SP) [7], também para fins de prescrição, se mostra correta.

A fixação de um critério claro para o cômputo da prescrição nas ações de improbidade administrativa, que nada tem de inconstitucional, se compatibiliza com o propósito de se superar uma realidade confortável para o Estado-acusador, na qual frutificaram distorções em que processos se prolongavam interminavelmente em primeiro grau, em flagrante prejuízo ao jurisdicionado.

Mas, além disso, o propósito de se estabelecerem marcos precisos na contagem da prescrição vai ao encontro da realização do direito previsto pelo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República (razoável duração do processo), devolvendo ao titular da ação o dever de promover o seu

---

andamento dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Estado.

## 5) Conclusões

A interpretação da norma jurídica deambula sobre um núcleo duro, do qual não é dado ao intérprete se afastar, pena de deixar de se jogar o jogo do Direito, como sugeriu Hart em seu antológico "O Conceito de Direito" [8]. A textura aberta da regra tem seus limites.

Embora a nova Lei de Improbidade Administrativa seja desafiadora em sua aplicação, há premissas mínimas das quais não se deve abdicar. Criar distinções categoriais quando disso não se cuida, aparta do jogo do Direito o dever de se interpretar o sistema segundo sua integridade.

Uma interpretação que se pretenda consequentialista, estribada na redução dos preceitos constitucionais a uma leitura estritamente literal, empobrece o diálogo.

O consequentialismo como opção hermenêutica é argumento de política, que deixa de escanteio os direitos fundamentais do indivíduo.

A nova Lei de Improbidade Administrativa impõe, aos que pretendem interpretá-la, que o façam de modo a assegurar que os direitos fundamentais alcancem seu máximo potencial. Em contrapartida, a interpretação *in pejus* só se justifica se se consentir com o resgate de uma reminiscência punitivista.

Por fim, pertinente transcrever a sempre lúcida advertência de Carlos Maximiliano [9]: *"Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou (...). A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei"*.

[1] LEONEL, Ricardo de Barros. "Nova LIA: aspectos da retroatividade associada ao Direito Sancionador". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-17/leonel-lia-retroatividade-associada-direito-sancionador>. Acesso em 29 nov. 2021.

[2] LEONEL, Ricardo de Barros. "Nova Lei de Improbidade: atipicidade, prescrição e direito superveniente". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/leonel-lia-atipicidade-prescricao-direito-superveniente>. Acesso em: 29 nov. 2021.

[3] GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; RODRIGUES, João Paulo Souza; BORGES, Sabrina Nunes. "Caminhos para tratamento adequado aos processos em curso a partir da nova LIA". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-16/opinioao-tratamento-aos-processos-curso-partir-lia>. Acesso em: 30 nov. 2021.



[4] SILVA, José Afonso da. "Comentário contextual à Constituição". São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138.

[5] LIEBMAN, Enrico Tullio. "Eficácia e autoridade da sentença". Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 17.

[6] TARTUCE, Flavio. "O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações". São Paulo: Método, 2015, p. 137-138.

[7] MPF, Parecer no REsp 1.966.002/SP. Disponível em:  
<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?modulo=0&sistema=portal&id=62099619>. Acesso em: 30 nov. 2021.

[8] HART, H. L. A. "O Conceito de Direito". Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[9] "Hermenêutica e Aplicação do Direito". Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 103.