

André Santos Silva: Exageros na caracterização de improbidade

A LIA (Lei de Improbidade Administrativa) completou 31 anos nesta sexta-feira (2/6). É preciso fazer um balanço sobre a representatividade da legislação para o país nestas três décadas e das relevantes alterações na lei, que implementadas em 2021, vieram frear excessos e disparidades nas condenações



A lei nasceu em 1992 com o propósito de dar efetividade ao

princípio constitucional da moralidade pública. Apesar dos pulcros propósitos da norma, a LIA passou a ser aplicada em condenações exageradas, mesmo que diante de atos minimamente reprováveis do agente público (há caso de prefeito que perdeu o mandato por ter mandado pintar um vestiário, só para usar um exemplo).

Condenações foram aplicadas até por inobservância de certa formalidade por parte do agente público ou de descuido em condutas rotineiras. Antes da reforma, por exemplo, até retardar ato oficioso caracterizava improbidade. As ações para questionar tais atos, embora não tão censuráveis, culminavam em pesadíssimas sanções, com repercussão até na esfera dos direitos políticos, causando inelegibilidade a partir do julgamento em segunda instância, em decorrência da lei da ficha limpa (LC nº 135, de 2010).

Não obstante a redação original do parágrafo único do artigo 12 da lei já determinasse a observância dos princípios da proporcionalidade e individualização na aplicação das sanções, levando em conta extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente, na prática, o dispositivo era quase "letra morta". E o que é pior, a condenação por improbidade, até antes da reforma, acabava por impor um selo de "corrupto" no acusado, igualando agentes públicos inábeis ou que não se deram conta de alguma formalidade no exercício de sua função, sem repercussão negativa nos cofres públicos ou na vida da sociedade, com os agentes públicos verdadeiramente imorais, que, conscientemente, isto é, com dolo, praticavam atos que causam prejuízo ao erário para enriquecer ilicitamente (estes, sim, mercedores da pública palmatória).

O saldo da reforma foi positivo para barrar exageros nas condenações e, em linguagem bem simples, "separar o joio do trigo", somente caracterizando improbidade passível das pesadas sanções as condutas graves e dolosas, como deve ser.

Com relação à liminar concedida no fim de 2022 pelo ministro Alexandre de Moraes, na ADIn nº 7.236/DF, que suspendeu parte dos dispositivos da lei nova, a questão envolve, em um primeiro momento, o fato de se possibilitar a suspensão de dispositivos de lei aprovada regularmente no Congresso por decisão monocrática. Mas não há problema porque o Supremo sempre fez esse controle constitucional das normas.

Muito embora tenha a liminar do ministro suspenso alguns dispositivos da lei nova, o fato é que, e este é lado positivo, manteve outros tantos introduzidos na reforma. O Supremo reforçou, dessa forma, a necessidade de se proceder a uma certa mitigação do que anteriormente se continha no texto da antiga LIA e nas condenações dele derivadas. A propósito, a decisão do ministro Alexandre de Moraes muito bem esclareceu, citando o Tema 1199 da Repercussão Geral, que pontos fulcrais da reforma tiveram a constitucionalidade revigorada pelo Supremo. Dentre eles, 1) a necessidade de indicação e prova do dolo para a condenação em qualquer hipótese (artigos 9º, 10 e 11), revogando improbidade culposa que já era muito criticada na doutrina, e 2) a retroatividade da nova lei aos casos ainda não transitados em julgado.

Outra norma teve a eficácia suspensa pela liminar da ADIn. Trata-se da regra prevista no artigo 1º, parágrafo 8º, da lei, que afasta a improbidade nos casos em que a conduta questionada seja baseada em entendimento controvertido nos tribunais. A questão envolve uma série de problemas do próprio Direito e não somente da improbidade: coerência dentro do próprio Judiciário (segurança jurídica e confiança legítima), observação dos precedentes (artigos 926 e 927 do CPC), definição de precedente e de jurisprudência, dentre outros. O foco aqui é impedir que alguém que tenha agido consoante entendimento judicial, posto que controvertido, possa ser apenado caso depois tal compreensão seja mudada. É, *mutatis mutandis*, a aplicação da Súmula 343 do STF sobre a validade de uma sentença quando ela erra, mas erra fundada em interpretação controvertida nos tribunais, caso em que tal erro não se convola em nulidade (rescisão).

Deveras, a reforma, acertada neste ponto, veio privilegiar não só o agente público que pauta sua conduta com base em decisão judicial, como consta da decisão liminar, mas principalmente dar efetividade ao princípio da isonomia, tratando os agentes públicos de modo igual nas situações idênticas. Evita-se, assim, que um seja considerado ímprobo e outro honesto, tendo ambos praticado a mesma conduta.

Autor da ADI, o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) anteviu nesse dispositivo a possibilidade de brechas, "*expedientes ardilosos para contornar o melhor direito*"

. Com todo o respeito, não parece que aí haja possibilidade de expediente ardiloso. Ação de improbidade é proposta, via de regra, pelo Ministério Público, que, como sempre muito zeloso nos seus deveres institucionais, na quase totalidade dos casos recorre até os tribunais superiores (ou ao menos ao tribunal local), para só então a decisão judicial transitar em julgado, fazendo a "jurisprudência" mencionada na lei.

Já o ministro relator entendeu, dentre outras razões, que o motivo primordial para a suspensão seria o "*forte abalo no princípio constitucional da segurança jurídica*". Contudo, a insegurança jurídica, no caso, é do agente público, o que justificaria a manutenção do dispositivo, e não sua suspensão. Afinal, se o agente pauta sua conduta em entendimento judicial que entende que seu ato não caracteriza improbidade, permitir que esse mesmo ato possa ser considerado improbidade por outro tribunal é causa de extrema insegurança jurídica para ele, e não para o sistema jurídico.

Também foi suspensa, na liminar do STF, a eficácia do artigo 21, parágrafo 4º, da lei reformada. O dispositivo prevê que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação por improbidade. O ministro relator entendeu que a independência de instâncias exige tratamentos sancionatórios diferenciados entre os ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa. É preciso fazer uma ponderação a esse respeito.

Historicamente, a doutrina administrativista, e, em especial, a que se debruçou sobre a teoria sancionatória, sempre se fincou no fato de que o direito sancionador compartilha princípios com diversas outras áreas do direito, dentre as quais, o direito penal e o direito administrativo sancionador. Em todas essas áreas coexistem os princípios da individualização da pena, retroatividade da lei mais benéfica, proporcionalidade para nortear a imposição da pena (seja ela em um contexto de processo penal ou não-penal, como improbidade administrativa, processo disciplinar, etc.).

Essa linha de pensamento, aliás, acabou sendo albergada na lei (e ratificada no Supremo, ainda que com certo sopesamento), ao fixar a retroatividade da lei aos casos ainda não transitados em julgado (não cabendo, logo, revisão das sanções como possibilita a revisão criminal), demonstrando ser de extrema dificuldade diferenciar os direitos e a figura do acusado em ação criminal e em processo de improbidade. Em ambos os casos, os direitos fundamentais correm risco (liberdade e político, respectivamente).

O rigor e cuidado que norteiam a condução do processo criminal devem, logo, pautar a condução da ação de improbidade, por ter esta o potencial de restringir direitos fundamentais do acusado (a partir da aplicação da sanção). Se, para condenar criminalmente, o juiz necessita ter certeza da autoria e da materialidade, para condenar o acusado em ação de improbidade é justo se exigir o mesmo rigor ético-jurídico na análise dos fatos e provas.

Daí, havendo absolvição na esfera criminal, seja por ausência de autoria ou de materialidade (inocorrência do fato), deve ocorrer, automaticamente, a extinção da ação de improbidade calcada nos mesmos fatos, ou o impedimento de sua propositura. Esta situação, aliás, a liminar entende ser correta, fincada em históricos precedentes da Corte. Cuida-se, de mais a mais, da adoção de regras já estabelecidas no ordenamento que impõem certo diálogo entre os processos criminais e cíveis.

No entanto, a liminar deixa em aberto a possibilidade de perpetuação da jurisdição da improbidade no caso de absolvição por ausência de provas. Respeitado o entendimento exposto na decisão, não faz sentido lógico-jurídico um agente público ou político ser absolvido do crime de fraudar licitação por ausência de provas, fazendo o uso de um exemplo para facilitar a compreensão, e ser condenado em ação de improbidade pelo mesmo fato [\[1\]](#).

Direito sancionatório (aqui compreendidas as ações penais e de improbidade) que causa restrição de direitos fundamentais indisponíveis é sério, não podendo ser tratado como uma responsabilização civil, que cuida de direito patrimonial disponível a justificar uma abordagem diferente no exame da prova, sob a justificativa de independências das instâncias.

Em palavras mais simples: não há razão, para se criar uma autonomia entre as instâncias penal e de improbidade no exame da prova sobre mesmo fato, por tratarem de potencial limitação de exercício de direitos fundamentais do mais alto escalão.

O STF, sempre muito atento a essas questões, e que nessa liminar já deu seu aval a grande parte das alterações trazidas com a nova lei, há de decidir adequadamente o tema, à luz dos propósitos do legislador, acima indicados.

[1] É algo que impõe, de fato, algumas indagações. Afinal, qual seria a prova que, nesse exemplo, bastaria para a condenação em improbidade, mas não seria suficiente para a condenação criminal? Existiria uma prova capaz de caracterizar improbidade (cuja definição exige, nos termos da lei atual, a alegação e prova do dolo do agente) e não caracterizar crime? O agente público pode ter vontade consciente de fraudar a licitação, isso estar provado na ação de improbidade, mas não estar provado na ação criminal? Qual seria essa prova mágica capaz de gerar a condenação em uma esfera, mas não em outra?

Date Created

02/06/2023