

Maicon Volpi: Reformas da LIA, retrocessos e inconstitucionalidades

07/06/2022

Continua **parte 1**

Em sequência à análise das significativas mudanças promovidas pela Lei nº 14.230/21 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) [1], muitas delas em evidente retrocesso na tutela do patrimônio público e da moralidade na Administração Pública, e algumas das disposições alteradas possuem claras violações ao texto constitucional, além da *assustadora atecnia jurídica* — que faz *jus* de serem intituladas como uma das piores reformas legislativas já elaboradas no Brasil —, passamos agora a destacar as alterações promovidas especificamente em relação à *prescrição intercorrente*.



A temática referente à prescrição veio retratada no

mesmo artigo 23 da Lei nº 8.429/92, o qual sofreu profundas alterações, dentre as quais: 1) estabeleceu um prazo único de prescrição para aplicação de sanções, prazo este de 8 anos, e fixou o *termo a quo* deste prazo como sendo a data do ocorrência do fato (artigo 23, caput); 2) previu a suspensão da prescrição pela instauração de inquérito civil ou processo administrativo, pelo prazo de 180 dias (artigo 23, §1º); 3) estabeleceu prazo para conclusão do inquérito civil (artigo 23, §§2º e 3º); 4) estabeleceu marcos interruptivos de uma prescrição intercorrente, até então inexistente (artigo 23, §4º); e 5) estabeleceu a redução do prazo da prescrição intercorrente, pela metade, uma vez interrompido aludido prazo (artigo 23, §5º).

Por uma análise sumária e preliminar dos itens supra é possível verificar a criação de um verdadeiro *Frankenstein jurídico* (*the Modern Prometheus*) [2], na medida em que se *mesclam* institutos e aspectos jurídicos próprios da *prescrição intercorrente do direito penal*, cujo fim é completamente diverso dos fins das sanções de Lei de Improbidade Administrativa – LIA, com institutos e aspectos jurídicos próprios da *prescrição intercorrente como prerrogativa em favor da Fazenda Pública*, cuja inconstitucionalidade é questionada desde o advento da nova ordem constitucional e cujos fins de favorecer a Fazenda Pública foram totalmente desvirtuados pela reforma da LIA.

Conforme destacado pela melhor e unívoca doutrina, sintetizada no escólio de Leonal de Barros apresentado nesta revista jurídica, "*o evento prescricional é a sanção reservada pelo direito à omissão, à inércia, ao descaso*". Conclui o mesmo autor, numa clara evidência acerca dos fins do instituto da prescrição, que "*se não há inércia não deve haver sanção*" [3].

A prescrição intercorrente faz-se presente na seara penal, assim como na seara cível — neste último caso, é o que se verifica da leitura do artigo 206-A do CC/02, e do artigo 921 do CPC/15. Contudo, para além do fim genérico da prescrição acima citado, é importante não confundir os fins específicos deste instituto jurídico considerando o ramo jurídico de sua incidência.

Na *seara penal*, o objeto da prescrição intercorrente é o *direito de punir do estado (jus puniendi)*, isto é, direito de aplicar sanção penal ou de executar a pena fixada em sentença penal condenatória. Em outros termos, é a prescrição intercorrente penal uma imposição de limites temporais para aplicação e execução da sanção penal, ou seja, uma limitação temporal da *resposta meramente retributiva da autoridade pública*, e com fins de ressocialização/reeducação, dada pelo Estado ao infrator da normal penal incriminadora. Em síntese, é *limitação temporal do mero castigo* [4].

Assim, à clara evidência, a prescrição atinge apenas o *jus puniendi*, o castigo, não fazendo desaparecer o ilícito, pois continua plenamente possível, e juridicamente resguardada, por exemplo, a reparação cível dos danos, inclusive privados, decorrentes deste mesmo ato ilícito, sendo expresse, neste sentido, artigo 200 do CC/02 [5].

Deste modo, a prescrição intercorrente penal em nada se confunde com a prescrição intercorrente de qualquer outro ramo do direito, ainda que este ramo tenha cunho sancionatório, pois afeta apenas e tão somente o *jus puniendi* estatal.

Especificamente sobre a LIA, os fins da norma não são de mera imposição de castigo, mas sim de: 1) expurgar da vida pública todos aqueles que violem a moralidade e o patrimônio público; 2) reparar os danos e rechaçar qualquer enriquecimento ilícito em prejuízo ao patrimônio público. Ambos os fins citados não representam mera retribuição de castigo por conduta ilícita. Muito mais, representam a concretização de objetivos constitucionalmente impostos e indisponíveis, consoante se verifica do artigo 37, "caput" e 37, §§ 4º e 5º, CF/88.

Importa destacar que o próprio termo inicial fixado do prazo prescricional — data da ocorrência do fato — ignora os fins supracitados, e à semelhança do direito penal acaba por ser fixado como se a LIA objetivasse uma mera punição do agente ímprobo. Na verdade, o início da prescrição, fora do âmbito meramente retributivo, jamais pode se dar antes do conhecimento, pelo legitimado ativo, da aludida violação, sobe pena de violação do *princípio da actio nata*, no seu *viés subjetivo* [6].

Neste contexto, uma prescrição intercorrente nos moldes do direito penal na LIA *viola todas as balizas e fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito*, que não tolera a manutenção de relações jurídicas entre agentes públicos e terceiros ímprobos com a Administração Pública. *Viola a própria ideia de República*, na medida em que tolera graves violações aos princípios constitucionais da Administração Pública, em verdadeira *proteção deficiente da moralidade pública*, tratando a coisa pública como verdadeira *res nullius* — coisa

de ninguém.

Mas, como destacado no início, a reforma não para por aí. Ela vai além, e determina a redução do prazo da prescrição intercorrente pela metade.

Há na ordem jurídica apenas duas previsões acerca da redução da prescrição intercorrente pela metade: 1) artigo 115 do CP, redução esta limitada a grupo específico de pessoas, considerando motivos de política criminal e os fins da sanção penal; 2) artigo 9º do Decreto 20.910/32, que estabelece uma prerrogativa de redução genérica do prazo da prescrição intercorrente, pela metade do prazo inicial, nas demandas contra as Fazendas Públicas.

Observa-se na reforma da LIA a criação de uma previsão semelhante à indicada no Decreto 20.910/32, a qual nós denominamos de *prerrogativa às avessas*, na medida em que é uma prerrogativa prevista contra a pessoa pública, e em benefício do agente ímprobo (prerrogativa genérica que nem mesmo o direito penal possui, mesmo frente ao seu caráter meramente retributivo).

Estabeleceu-se assim uma mescla dos benefícios da Fazenda Pública em matéria de prescrição intercorrente com a prescrição intercorrente do direito penal. Tudo em benefício daquele que está sendo demandado — e muitas vezes teve a inicial recebida e com sentença condenatória de primeiro grau — , como agente público ímprobo ou terceiro participante da aludida conduta.

Criou-se o verdadeiro *Modern Prometheus* ou *Frankenstein jurídico* brasileiro, com a quebra da razoabilidade, na medida em que se concedeu inúmeros benefícios, sem qualquer respaldo nos princípios e na teoria geral do direito, àquele que está sendo demandado por quebra da probidade.

Há falta de razoabilidade, pois, ao invés da reforma garantir a eficaz tutela da moralidade e do patrimônio público, por meio desta criou-se um verdadeiro obstáculo, de modo a inviabilizar qualquer forma de tutela jurídica destes bens constitucionalmente assegurados.

Verifica-se uma verdadeira *negativa de acesso à justiça* ou uma "*garantia de inefetividade da ação de improbidade*", na medida em que se mostra evidente a incapacidade de solução destas demandas em prazos exíguos, como os fixados, além de *incentivar recursos infundados*, levando ao *abarrotação do judiciário*, frente ao *excesso de litigância temerária*, provocada exclusivamente com o fim de obter o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Se, por um lado, é correto afirmar que o constituinte determinou a previsão de prescrição para sanções da LIA, na forma do artigo 37, §5º, por outro lado, o constituinte impôs e determinou a eficaz tutela do patrimônio público, a qual não se concretizará diante da evidente *quebra de razoabilidade* na reforma da LIA, que se mostra cheia de prerrogativas, pasme, em benefício daquele a quem é imputada a conduta ímproba, prerrogativas de tal ordem que não encontra qualquer precedente ou semelhança na ordem jurídica nacional, nem mesmo na seara penal.

Há muito se encontra consolidada a *doutrina do devido processo legal substancial*, para a qual não basta a mera observância do procedimento constitucional, legal e formal para uma reforma legislativa constitucionalmente válida. Imprescindível ainda que a norma criada seja *razoável* e

justa.

Não parece *razoável* — considerando a realidade do Judiciário brasileiro — a estipulação de prazo extremamente exíguo para a solução das demandas de improbidade, e com aplicação da prescrição intercorrente típica do direito penal. Tampouco se mostra *justa* a extensão de uma prerrogativa da Fazenda, de duvidosa constitucionalidade, ao autor de um ato de violação à moralidade e patrimônio público. Há evidente *quebra do devido processo substancial*, e clara inconstitucionalidade da norma.

Neste quadro, há indubitável vício de inconstitucionalidade material no artigo 23 da LIA (que trouxe normas acerca da prescrição), em especial por estender a sistemática da prescrição intercorrente típica do direito penal para a LIA, cujos fins são completamente diversos, e em violação ao *princípio da actio nata*, no seu *viés subjetivo*, além de mesclar tal sistemática com a prerrogativa prevista no Decreto 20.910/32, a qual é de duvidosa constitucionalidade, e foi deturpada, pois concedida contra a Administração Pública e em benefício do agente ímprobo, criando-se verdadeiro *Frankenstein jurídico* brasileiro, sem qualquer respaldo nos princípios e na teoria geral do direito, com violação ao *devido processo substancial*, na concepção de uma norma claramente *desarrazoada e injusta*.

[1] Na primeira análise sobre a reforma foram enfatizadas as mudanças nas medidas cautelares de indisponibilidade de bens. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-30/maicon-volpi-reformas-lia>. Acessado em 25/05/2022.

[2] *Frankenstein* é uma referência costumeiramente feita à criatura monstruosa criada por Victor Frankenstein, estudante de ciências naturais, na obra de ficção científica escrita por Mary Shelley, entre 1816 e 1817.

[3] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-17/leonel-lia-retroatividade-associada-direito-sancionador>. Acessado em 26/05/2022.

[4] Conforme lições do saudoso Damásio de Jesus, "*a pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consiste na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos*" (destaque nosso). JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal Parte Geral*. 32 ed.; pág. 563, São Paulo: Saraiva, 2011.

[5] O artigo 200 do Código Civil prevê especificamente que, "*quando a ação se originar de fato de que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva*". Disponível em: [L10406 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10406/consolidacao/art200.htm). Acessado em 28/05/2022.

[6] Sobre o tema vale destacar, neste aspecto, trecho do *Acórdão 1349202*, da Quarta Turma Cível do TJDF: "(...) Consistindo a prescrição na extinção da pretensão pelo decurso do tempo,



parece elementar que a violação em si do direito não basta para deflagrar a sua fluência, pelo simples fato de que apenas o conhecimento da lesão possibilita ao respectivo titular o exercício eficaz do direito de ação. Na elucidativa explanação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, a um direito subjetivo, mas, sim, do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo seu respectivo titular. Com isso, a boa-fé é prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar o direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento. (Curso de Direito Civil, Vol. 1, 10ª ed., JusPodivm, p. 726)". [Acórdão 1349202](#), 00206521020168070001, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Quarta Turma Cível, data de julgamento: 17/6/2021, publicado no DJE: 1/7/2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detallhes/prescricao/prescricao-2013-termo-inicial-2013-teoria-actio-nata>. Acessado em 27/25/2022.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jun-07/maicon-volpi-reformas-lia-retrocessos-inconstitucionalidades/>