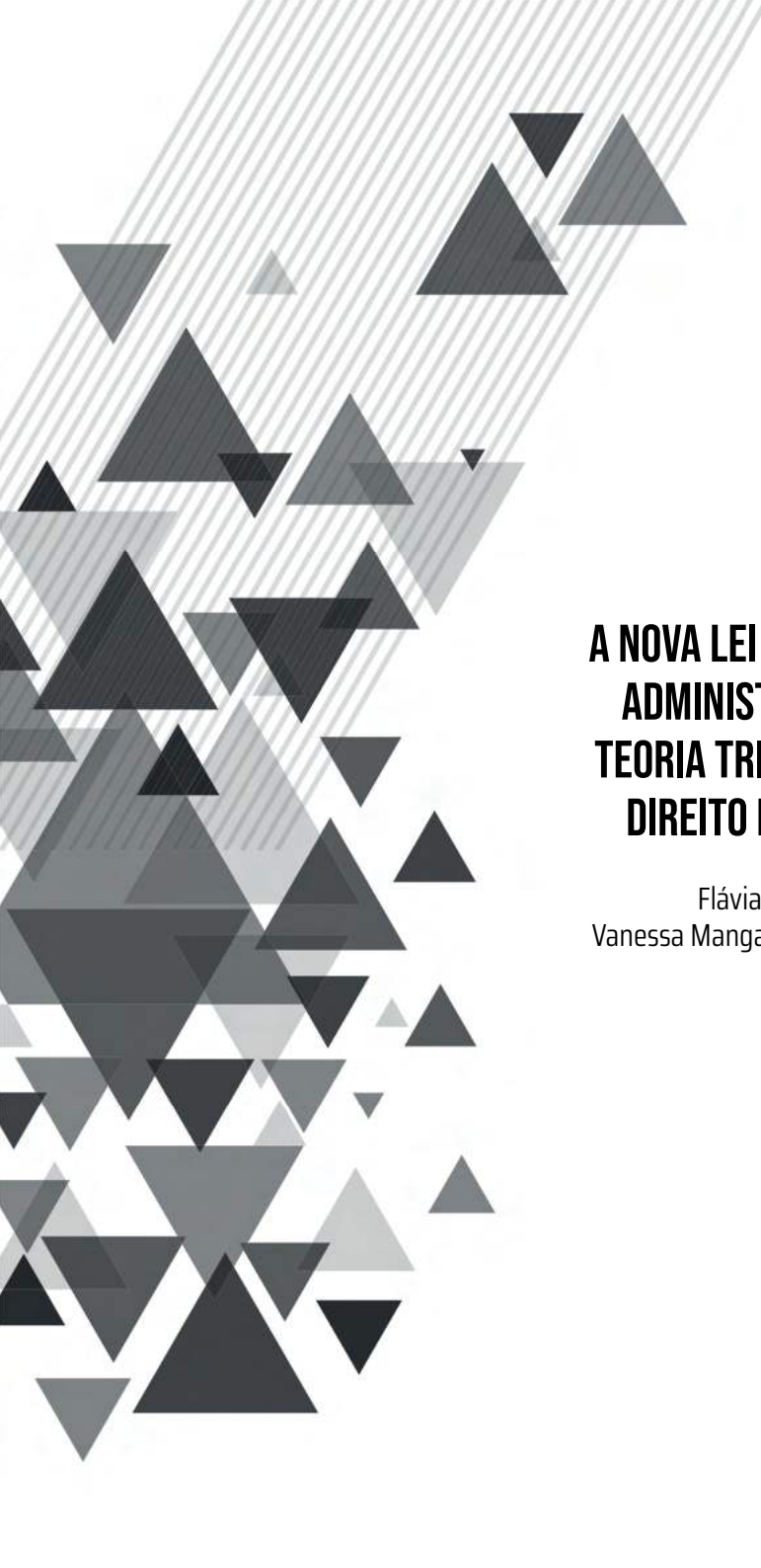




A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE

Flávia Osmarin Tosti Menegon
Vanessa Manganaro de Araujo Almeron

CAPÍTULO

09

1. Introdução

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale constitui-se num dos mais importantes referenciais jurídicos de todos os tempos. A concepção tridimensional realeana vê, no Direito, uma realidade cultural, propondo um caráter dialético entre fato e valor, que são estudados de forma integrada com a norma jurídica.

A convergência e dinamicidade integrante dessas três dimensões representaram um avanço para a sociedade jurídica do século XX, rompendo com certo reducionismo do Direito que, na época, compreendia o fenômeno jurídico à luz de um ou dois elementos.

Não obstante a teoria tridimensional de Reale tenha passado por um processo de amadurecimento desde 1940, até ser consolidada nos idos de 1968, a atualidade do tema é inquestionável, haja vista impressionar pela capacidade de permitir uma interpretação mais ponderada da realidade jurídica, estudando o Direito num plano histórico-cultural e não apenas no seu aspecto lógico-formal.

Partindo do referencial realeano, a proposta que segue lança um olhar jusfilosófico para a Nova Lei de Improbidade Administrativa, demonstrando que a ofensa a princípios e garantias constitucionais promovidos pela Lei nº 14.230/2021 rompe com o que se espera em um Estado Democrático de Direito.

No que tange ao fundamento, à vigência e à eficácia da nova lei, restará demonstrado que este último atributo encontra-se falho. Por fim, o trabalho aponta pela necessidade de abandonar a visão estritamente positivista, abrindo espaço para o neoconstitucionalismo e o enfrentamento do tema sob o aspecto factual-axiológico-normativo.

2. A Teoria Tridimensional do Direito e a lei Nº 14.230/2021

Quando se fala em Direito, a primeira impressão que vem à mente é de que se está diante de um conjunto sistemático de regras obrigatórias, de normas, de leis, de comandos, que determinam a prática de certos atos e a abstenção de outros (REALE, 2002b, p. 481), ou seja, o Direito é visto como norma.

Partindo, todavia, de uma percepção sociológica, o Direito pode ser

compreendido “como *fato* ou fenômeno *social*, subordinado a um conjunto de hipóteses das quais resultarão sempre determinadas consequências” (REALE, 2002b, p. 481).

Miguel Reale sustenta que o homem viveu inicialmente o Direito como experiência e o realizou como *fato social*, pois o fato jurídico, como fato histórico ainda indefinido ou indistinto, surge concomitantemente ao viver do homem em sociedade (REALE, 2002b, p. 481).

Fazendo uma pequena digressão histórica, é possível lembrar que os juristas romanos admitiam o Direito como norma ordenadora da conduta (intuição normativa) e formulavam a possibilidade de uma Ciência do Direito como ordem normativa, tornando Justiça e Direito elementos inseparáveis e integrantes do conjunto da experiência jurídica. A Jurisprudência Romana não é vista como estudo puro e simples dos valores de Justiça, mas como a indagação das concreções da Justiça no tempo, nas delimitações espaço-temporais da experiência humana, que se revelava no *factum* da conduta (REALE, 2002b, p. 488).

Apenas no decorrer do século passado o Direito passou a ser visto como fato social e histórico, alcançando *status* de objeto de ciência autônoma nos trabalhos sociológicos e históricos dos séculos XIX e XX e, com mais evidência, a partir do referencial de Miguel Reale, ao destacar que a *norma*, por exemplo, representa para o jurista uma integração de *fatos* segundo valores, ou, por outras palavras, é expressão de valores que vão se concretizando na condicionalidade dos *fatos histórico-sociais* (REALE, 2002b, p. 490).

Partindo dos ensinamentos de Miguel Reale, têm-se que esses três elementos – fato, valor e norma – estarão sempre presentes na experiência jurídica em que a palavra Direito pode ser apresentada sob três perspectivas dominantes: a) o Direito como *valor* do justo, estudado pela Filosofia do Direito por meio da Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito; b) o Direito como *norma* ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; e c) o Direito como *fato* social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica (REALE, 2002b, p. 490).

O fenômeno jurídico, portanto, deve ser visto como a integração dinâmica e dialética dos três elementos que o integram: um fato subjacente (fato econômico, social etc.); um valor, que confere significação a esse fato; e uma regra ou norma, que representa um momento de equilíbrio atingido

como composição das tensões que, em dada situação histórico-social, verifica-se entre um complexo de fatos e um complexo de valores.

A teoria tridimensional de Miguel Reale (sempre atual) foi inovadora, quebrando paradigmas e despertando uma visão mais ampla quanto ao real significado do direito e sua interpretação, destacando a importância de uma visão tridimensional em detrimento de uma visão unilateral que priorizava: fato social (sociologismo jurídico); norma jurídica (normativismo jurídico) e eticismo jurídico (valores morais).

Reale apresentou um posicionamento que rebate a visão unicamente positivista, em que juristas cultuavam exageradamente os textos legais, distanciando-se da realidade e de seus valores. Na perspectiva realeana, o legislador, ao criar as leis, deve procurar interligar fatos e valores em atenção aos anseios da sociedade em cada momento histórico vivenciado.

Com efeito, Barreto e Bragato (2013, p. 64) destacam que o positivismo jurídico se caracteriza pela ideia da existência de uma ciência do Direito, que tenha por objeto o estudo do Direito legislado por uma autoridade política, excluindo-se de seu ordenamento normativo qualquer norma de caráter moral.

É certo que a ciência do Direito visa atingir o texto normativo de modo a aplicá-lo e o interpretar. O valor é elemento moral do Direito e deve levar em conta o ponto de vista da sociedade sobre o ideal de justiça (BARRETO, 2009, p. 67). A tridimensionalidade tem, portanto, como um de seus traços, a própria atualização dos valores e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.

Dito isso, e considerando que o Direito é um fato ou um fenômeno social, não existindo senão na sociedade e não sendo concebido fora dela, a experiência jurídica deve ser feita não só de pessoas ou coisas pertencentes ao mundo, mas, também, das valorizações dela decorrentes, tendo como traços a própria atualização dos valores e o aperfeiçoamento da legislação (NASCIMENTO, 2009).

O cientista do Direito deve captar os fatos sociais em suas formas e sentido essenciais, por meio da abstração feita da coerência ou não das normas que objetiva estudar, em permanente contato com o processo factual-axiológico-normativo que as condiciona (REALE, 1994, p. 92). A propósito do tema, destacam-se as lições de Miguel Reale:

Se não houvesse certa regularidade nos possíveis comportamentos humanos, não haveria como discipliná-los, emanando-se normas

para prevê-los e estabelecendo-se consequências decorrentes do adimplemento delas ou da recusa de adimpli-las. É sobre esse dado humano basilar que se alicerça todo o edifício jurídico, de tal sorte que foi a previsibilidade de comportamentos iguais ou análogos, dada a igual natureza humana, que permitiu o surgimento do Direito e o seu conhecimento científico (REALE, 1994, p. 93).

É com base nas reflexões acima que se propõe o diálogo com a Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230/21), que alterou substancialmente a Lei nº 8.429/92 e trouxe significativas mudanças, ensejando intensos debates, questionamentos e inquietações no mundo jurídico.

O manejo da Lei nº 14.230/2021, portanto, deve ser pautado pela prudência e cautela do intérprete, exigindo do hermenêuta em estudo inter e transdisciplinar. Entendimentos estanques quanto à retroatividade, “*abolitio delicti*” e taxatividade do artigo 11, com a redação dada pela nova lei¹⁰¹, por exemplo, devem ser vistos com cautela.

101 - Tal é a nova redação do mencionado dispositivo: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: I - (revogado); II - (revogado); III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. IX - (revogado); X - (revogado); XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. § 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. § 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. § 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. § 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. § 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente. (BRASIL, 1992, *online*).

Em verdade, ao analisar a Lei de Improbidade¹⁰² Administrativa (atual e pretérita) o operador do Direito deve fazê-lo por múltiplas perspectivas¹⁰³, no intento de desvendar o verdadeiro interesse (social e moral) ao disciplinar este regramento, principalmente aferindo se a nova ordem se encontra em consonância com os princípios constitucionais¹⁰⁴, os quais são revestidos de elevada carga axiológica (SARMENTO, 2009, p. 120).

Dito isso, é importante lembrar que o sistema de responsabilização da improbidade administrativa compõe o denominado Direito Administrativo Sancionador e encontra sua matriz constitucional no § 4º do artigo 37 da Carta Federal (BRASIL, 1988,*online*). Sua finalidade precípua não é outra, senão prevenir e reprimir os atos de improbidade administrativa.

Em observância ao princípio da legalidade (art. 5º, II e 37, § 4º, CF/88), lei nacional foi editada com o fim de disciplinar referido sistema. A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, adequadamente, promoveu a tipificação dos atos de improbidade administrativa, com a previsão das sanções aplicáveis, o estabelecimento do processo de responsabilização, fixação do prazo prescricional, além de outras disposições voltadas a garantir sua efetividade.

Tal referencial legal consubstanciou um sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa ao longo de quase trinta anos, dando azo à discussão de teses jurídicas importantes, à construção de jurisprudência consolidada a respeito de muitos de seus temas e à fixação de precedentes vinculantes, como a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por ato de improbidade doloso e a coibição do nepotismo.

Todavia, com a edição da Lei nº 14.230, de 26 de outubro de 2021, o que se viu foi o acréscimo de diversos dispositivos benéficos¹⁰⁵ aos

102 - Oportuno lembrar que etimologicamente a palavra “probidade” advém do latim *probitate* e significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, honestidade e integridade. Improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, e significa imoralidade e desonestidade.

103 - A propósito do tema vide: Perspectivas para o Estudo do Direito no Século XXI, p. 133-201 in GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional. Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

104 - É possível identificar uma natureza bifronte nos princípios constitucionais, que impõe um conteúdo irrenunciável para o Legislativo e uma margem de discricionariedade, que o Judiciário deverá realizar por meio de uma teoria da argumentação jurídica que permita definir um espectro de soluções constitucionalmente possíveis e estabelecer prioridade entre elas: “Con outras palavras, la consumación del Estado de Derecho se confía, em cualquier caso, a la posibilidad de una teoría de la argumentación jurídica que permita definir un espectro de soluciones constitucionalmente posibles y establecer prioridades entre ellas” (FIGUEROA, 2003, p. 170).

105 - Referidas modificações envolvem, em síntese, a restrição do elemento subjetivo ao dolo específico (art. 1º, § 2º); a criação de hipótese de atipicidade (art. 1º, § 8º); a exclusão do terceiro beneficiado pelo ato ilícito de sua órbita de incidência (art. 3º); a limitação da responsabilização de sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado (art. 3º, § 1º); a impossibilidade de incidência simultânea com Lei n. 12.846/2013 (art. 3º,

responsáveis pela prática de atos ímprobos, dissociando-se do verdadeiro sentido normativo aspirado pela sociedade e em sentido oposto às premissas traçadas pelo tridimensionalismo jurídico realeano. Veja-se:

[...] quero dizer que o mundo jurídico é formado de contínuas “*intenções de valor*” que incidem sobre uma “*base de fato*”, refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em *norma jurídica* em virtude da interferência do Poder. A meu ver, pois não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*lato sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis [...] (REALE, 1994, p. 124).

O nascimento da Lei nº 8.429/92 foi um avanço no combate à corrupção no Brasil. O mesmo, contudo, não se pode dizer da Lei nº 14.230/2021, cuja interpretação mais ponderada deve ser feita à luz da vedação do retrocesso, de observância cogente e em harmonia com a Convenção de Mérida, da qual o Brasil é signatário, conforme se infere da leitura do Decreto Federal nº 5.687/2006¹⁰⁶.

O legislador constituinte, ao alicerçar o sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, atribuiu-lhe roupagem própria, nos termos do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, inserindo o Direito Administrativo Sancionador num microssistema de tutela à probidade e recepcionado por tratados internacionais.

A própria Convenção de Mérida está mencionada no artigo 11, § 1º, da Lei nº 14.230/2021¹⁰⁷, cujo objetivo é a promoção do enfrentamento

§2º); a restrição da responsabilidade do sucessor (art. 8º); a supressão do ato de improbidade culposos que causa prejuízo ao erário (art. 10, caput); a supressão do dano in re ipsa em fraude a licitação (art. 10, VIII); a atipicidade de atos de improbidade anteriormente previstos (art. 10, XXI e 11, I, II, IX e X); a taxatividade do rol de condutas previstos no artigo 11 e exigência de finalidade específica em qualquer ato de improbidade (art. 11, caput e §§ 1º e 2º); a exclusão e supressão do prazo mínimo para a suspensão de direitos políticos, supressão do prazo mínimo para a proibição de contratar com o poder público, diminuição da pena de multa em determinados casos e fixação de limite máximo para suspensão de direitos políticos e proibição de contratar (art. 12, I, II e III e 18-A, parágrafo único); a restrição dos efeitos da perda da função pública ao cargo ou função ocupados à época dos fatos (art. 12, § 1º); a restrição da proibição de contratar ao ente lesado (art. 12, § 4º); a criação de atos de menor ofensa (art. 12, § 5º); a impossibilidade de execução provisória de sanções (art. 12, § 9º); a restrição da indisponibilidade de bens (art. 16); a previsão de benefícios processuais e recursos favoráveis ao réu (art. 17, §§ 9º-A, 10-B, 10-C, 10-D, 10-F, § 11, § 16, § 17, § 18, § 19, § 20, § 21); afastamento da solidariedade na reparação dos danos (art. 17-C, § 2º); possibilidade de unificação de sanções em casos de continuidade de ilícitos (art. 18-A); interferência da instância civil e penal na ação de improbidade (art. 21, §§ 3º, 4º e 5º); alteração do prazo da prescrição sancionadora, disciplina de casos de interrupção e previsão de incidência de prescrição intercorrente (art. 23) (BRASIL, 1992, online).

¹⁰⁶ - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm Acesso em 15 jan. 2022.

¹⁰⁷ - Lei nº 14.230/2021: “Art. 11 Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de

universal da corrupção a partir da conduta ativa estatal. O Estado Brasileiro comprometeu-se a manter em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, bem como rever instrumentos jurídicos a fim de determinar se são adequados a esse fim (art. 5º), e, ainda, a adotar medidas mais estritas ou severas daquelas previstas na norma internacional (art. 65, nº 2).

Destaca-se que, desde a década de 90, a corrupção começou a ser tema de intensos debates, nacional e internacional, originando processos de acordos e ação conjunta entre diversos países. A comunidade internacional manifestou o interesse em promover um acordo global, que fosse capaz de prevenir e combater a corrupção nas suas diversas modalidades.

Sabe-se que a problemática da corrupção ameaça a estabilidade e a segurança social. O desvio de recursos com prejuízos ao desenvolvimento econômico e social, notadamente relacionado aos setores de maior necessidade e vulnerabilidade, bem como a estreita ligação existente entre a corrupção, o crime organizado e a lavagem de capitais denotam um problema de envergadura transnacional, que clama por reprimenda apropriada.

Em face da configuração deste novo paradigma, surge a necessidade de uma interpretação vocacionada à ordem constitucional, uma vez que as benesses disciplinadas pela nova lei não se coadunam com os postulados supramencionados, sendo forçoso concluir que não encontram amparo legal adequado por afronta aos princípios constitucionais da proibição de proteção insuficiente, da legalidade, da segurança jurídica, da vedação do retrocesso, da isonomia, interesse público, paridade de armas, duração razoável do processo, acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, pacto federativo, bem como por violação a diversos dispositivos da Carta Federal, que tratam da tutela da probidade administrativa.

Assiste razão, portanto, ao norte-americano Ronald Dworkin¹⁰⁸, quando trata da posição dos princípios no ordenamento jurídico, em oposição ao pensamento puramente positivista, ao afirmar que visam assegurar a justiça,

legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: § 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.677, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (BRASIL, 2021, online).

108 - Ao diferenciar regras e princípios Ronald Dworkin (2002, p. 39-40) esclarece: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca das obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...] Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete”.

a equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Sérgio Alves Gomes, ao tratar do tema, destaca que Albert Calsamiglia observa que Ronald Dworkin insistiu na leitura moral¹⁰⁹ da Constituição evidenciando o papel da moral na leitura dos problemas constitucionais e denunciando a hipocrisia do pressuposto da neutralidade proposta pelo positivismo (GOMES, 2021, p. 217).

Depara-se, portanto, com o problema da obediência às regras jurídicas imperfeitas destituídas de fundamento ético e os fenômenos curiosos de mudança de fundamento na promulgação da nova lei.

Deste modo, sendo o campo axiológico do *Direito possível* muito mais amplo do que o do Direito Positivo, deve-se ter a concepção de que as leis jurídicas trata-se de esquemas ideais de condutas axiologicamente positivas ou negativas em relação à sociedade e ao Estado, cujo objetivo é harmonizar as normas vigentes com as múltiplas exigências da sociedade civil e aos ditames constitucionais.

Diferentemente, portanto, da “velha hermenêutica”, cuja visão era fulcrada no positivismo em que predominava a valorização dos códigos em detrimento de uma análise axiológica, a “nova hermenêutica”¹¹⁰, sem menosprezar os códigos e os tradicionais métodos de interpretação, reconhece a insuficiência destes submetendo-os aos princípios constitucionais, possibilitando a construção de sentido da Constituição e do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2021, p. 322). Nesse sentido, preciosas as lições de Paulo Bonavides:

Efetivamente, os juristas do positivismo alargando as expressões dogmáticas de seu devaneio juscientífico cuidavam que na Constituição só havia juridicidade para as normas e não para os princípios, como

109 - Nesse sentido Afonso Garcia Figueroa (2003, p. 165) destaca que o sistema jurídico vinculou-se à moralidade, de tal forma que se mostrou totalmente oposto ao positivismo; os princípios constitucionais permitem, devido à sua estrutura, expandir a sua esfera de influência.

110 - Sobre a nova hermenêutica e a crise do positivismo, preciosas são as lições de Roberto Barroso para quem o fenômeno do pós-positivismo surge, na modernidade, como uma nova passagem que se descortina, no momento em que “o direito está em crise” e o positivismo vive uma crise existencial. No seu entendimento, “a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”. [...] O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre moral e Direito (BARROSO, 2006, pg. 26).

se os princípios não fossem normas – aliás, as normas das normas, as mais excelsas do sistema. Foi isso que ocasionou a reação oposta e o ressurgimento, com toda a força e energia, do princípio da legitimidade. Aqueles arautos da razão, velhos conhecidos nossos, aferrando-se unicamente à legalidade, intentavam desterrar do sistema os princípios, ou, pelo menos, ignorá-los, tolerando-lhe, apenas, a inserção nos códigos do juscivilismo, qual a mais subsidiária das fontes hermenêuticas, aquelas de baixíssima densidade normativa. As Constituições, juridicamente, menos importantes que as leis na época do liberalismo, retomam, porém, o seu lugar de culminância; o mesmo se diga da Hermenêutica constitucional ou, com mais propriedade, da Nova Hermenêutica (BONAVIDES, 2001, p. 17-18 apud GOMES, 2021, p. 322).

Sérgio Alves Gomes (2021, p. 208) entende que só é possível falar em uma ordem jurídica que se expressa por meio de uma Constituição prospectiva, quando se desenvolve a consciência a respeito de fundamentos, valores e objetivos que compõe a essência da Constituição e arremata:

[...] assume-se, neste particular em especial consonância com a Teoria Tridimensional do Direito, segundo Miguel Reale, que o Direito não se reduz a um conjunto de normas jurídicas, nem apenas a fatos ou somente a valores. Nele estão presentes três dimensões: a) fática; b) axiológica; e c) normativa (GOMES, 2021, p. 209).

Destarte, a regra jurídica tem como requisito a realização de um valor, sobre o qual reside a obrigatoriedade do Direito, conforme destaca Miguel Reale:

Em suma, *entendemos por fundamento, no plano filosófico, o valor ou complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade*, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade [...] Sem articulação entre fatos, valores e normas, surgem os reducionismos que consideram o Direito apenas por alguma de suas dimensões. Os resultados destas perspectivas unilaterais empobrecem as possibilidades de compreensão do Direito em suas conexões mais profundas com o ser humano [...] (REALE, 1994, p. 594).

O exame da norma jurídica, portanto, não se limita a compreensão dos problemas de maneira estática. O fundamento deve ser apreciado por meio da inserção da regra jurídica na totalidade da ordem jurídica positiva, considerando o conteúdo fornecido pelo complexo da experiência humana.

Nesse sentido, Miguel Reale (2002a, p. 552-553) adverte que o *fato* que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica nunca é um acontecimento isolado, mas um conjunto de circunstâncias apto a ensejar aplauso ou repulsa,

in casu, atos ímprobos que causam repulsa à sociedade como um todo.

Isso posto, forçoso concluir que a supressão das hipóteses de desvio de finalidade e negligência na atuação Estatal, somada à eventual taxatividade do rol de violação aos princípios¹¹¹ da Administração Pública, promovida pela alteração dada pelo artigo 2º da Lei nº 14.230/2021 ao artigo 11, *caput*, e respectiva revogação dos incisos I e II, da Lei nº 8.429/92, mostra-se em dissonância com os fundamentos da Constituição Federal e os Pactos Internacionais ratificados pelo Brasil, diminuindo, dessa forma, o campo de reposta estatal aos atos e omissões que maculam o dever de probidade administrativa.

Em sua concepção original, referido dispositivo legal conferia concretude a normas que protegiam de forma mais ampla a probidade administrativa, dando efetividade ao comando inscrito no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, basilar aos princípios democrático e republicano, que fundamentam a construção do Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, levando em conta que o Estado Democrático de Direito tem no Estado o papel de orientar a convivência com base em valores considerados fundamentais à convivência, questiona-se como então lidar com uma gama de preceitos normativos que destoam da preocupação expressa no texto constitucional basilar à vida democrática.

Sob a ótica da concepção realiana, a norma jurídica não resulta diretamente dos fatos, já que são dependentes da valoração realizada pelo homem em sociedade. Todo fato se correlaciona com um ou mais valores. A partir disso, um destes valores é escolhido pelo poder, originando a norma jurídica.

O poder que estabelece este ato é instituído constitucionalmente (norma legal) ou pela própria sociedade (norma costumeira). O ato de escolha e de decisão sempre existirá. E com isso uma determinada via ou diretriz se tornará obrigatória, dentre as várias existentes e possíveis, no campo das implicações *fático-axiológicas* próprias de cada conjuntura histórica (REALE, 2021).

A Lei nº 8.429/92 representou um momento de equilíbrio, destinando-se a compor as tensões que em dado momento histórico-social se verificou entre um complexo de fatos e um complexo de valores, tendo importância decisiva para sua vigência e eficácia. O mesmo, no entanto, não se pode dizer da nova lei que, certamente, inviabiliza a proteção de direitos fundamentais.

Quando o Poder especifica a norma jurídica, deve fazê-lo por meio de um processo de atualização normativa de valores, pois o ato de decisão não

111 - Paulo Bonavides (2006, p. 259) destaca que todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento de questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

deixa de ser também uma tomada de posição axiológica, em virtude da qual a regra jurídica se revela ou se aperfeiçoa, sob pena de não ser eficaz.

Nesse passo, no campo da hermenêutica jurídica, a teoria tridimensional de Miguel Reale apresenta as mais profundas contribuições. Isso porque, segundo o jusfilósofo, os operadores do Direito não o podem conceber apenas como encadeamento lógico de proposições. Devem entender que no sistema jurídico existe algo de subjacente, que são os fatos sociais aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta dos valores, em um processo de integração dialética (REALE, 1994, p. 580).

Assinala o autor que a lei, logo após promulgada pelo Legislador, já começa a sofrer alterações inevitáveis em sua significação, seja em função das mudanças no plano dos fatos (naturais, científicos, tecnológicos, econômicos etc.), ou então, em razão de alterações no plano dos valores. O novo texto normativo provoca no ordenamento jurídico e no meio social um complexo de reações, ensejando novas exigências fáticas e axiológicas:

É a razão pela qual não se pode concluir que, em última análise, o Direito seja só normativo: a norma é, por assim dizer, uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico, que condicionou a sua gênese, e os complexos fático-axiológicos a que visa atender, no desenrolar do processo histórico (REALE, 2002a, p. 564).

Quando a norma não mais se amolda à experiência fático-axiológica, o único caminho juridicamente possível é o da revogação ou ab-rogação.

De fato, as normas jurídicas não se tratam de simples captação descritiva do que constitui o fato, mas sim tomada de posição construtiva frente a um fato, estando sempre em estado de tensão, até culminar numa solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo, isto é, concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementariedade (REALE, 1994, p. 57).

Por conseguinte, o operador do direito não poderá deixar de valorar o conteúdo de tais regras segundo valores de seu tempo e em consonância com valores histórico e sociais, que precederam a atual normativa (CORDEIRO; GOUVEIA, 2018).

3. Fundamento, vigência e eficácia da nova lei

O artigo 2º da Lei nº 14.230/2021 deu nova redação ao artigo 11 da Lei de Improbidade, revogando os incisos I e II, do artigo 11, da Lei n.

8.429/1992, os quais tipificavam como atos de improbidade aqueles que violassem princípios da Administração Pública, quais sejam: 1) a prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; e 2) o retardamento ou a omissão indevida na prática de ato de ofício.

Com o advento na Lei nº 14.230/2021, a nova redação dada ao *caput* do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 tornou taxativa (*numerus clausus*) a enumeração dos atos de improbidade administrativa que violem princípios da Administração Pública, em detrimento da redação anterior que encerrava rol exemplificativo de condutas (*numerus apertus*), permitindo qualificar como ímprobo outros atos graves¹¹², diminuindo o campo de punição aos atos e omissões que maculam o dever de probidade administrativa.

A punição do desvio de finalidade, da negligência na atuação estatal e a possibilidade de enquadramento de outros atos que violavam princípios da Administração Pública como improbidade administrativa, além daqueles descritos nos incisos do artigo 11, promovia espectro de maior proteção ao dever de probidade, previsto não apenas no § 4º do artigo 37, mas em diversas outras disposições da Carta Federal (art. 5º, LXXIII, art. 14, § 9º, 37, *caput* e 85, V).

Em sua redação original, a Lei n. 8.429/1992 se mostrou fundamental para viabilizar a efetividade das normas constitucionais que asseguram o dever de probidade na Administração Pública.

Todavia, a suavização promovida pelo artigo 2º da Lei nº 14.230/2021 nos dispositivos acima mencionados, não se mostra em consonância com o princípio da proibição de proteção insuficiente¹¹³ de direitos constitucionalmente tutelados, que representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF).

Nesse sentido, oportuno lembrar as lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo

¹¹² - O revogado artigo 11 funcionava como norma residual de atos que violavam o dever de probidade, mas que não se encontravam expressamente descritos nos artigos 9º, 10 e no próprio artigo 11. A título exemplificativo citam-se como atos violadores dos princípios da Administração Pública, ainda que não expressamente previstos em seus incisos, o assédio moral, o assédio sexual, a contratação de servidores temporários sem concurso público, a fraude a concurso, a desobediência dolosa a decisões judiciais, a ausência dolosa de prestações de contas quanto a despesas com recursos públicos, a contratação para cargos comissionados em desvio de função.

¹¹³ - Por força do princípio da proibição de proteção insuficiente, nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais. O postulado cria um dever de proteção para o Estado (isto é, para o legislador e para o juiz), que não pode simplesmente ignorar ou se desfazer de mecanismos de tutela para o fim de garantir a proteção a direitos fundamentais.

constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo) (SARLET, 2005, p. 132).

A proteção deficiente, portanto, atua como critério da legitimidade constitucional para o controle da omissão ou da atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seu dever de proteção. O defeito de proteção deriva da opção legislativa tomada pelo legislador federal, sobre o qual recai o dever de proteção, em se desfazer de medidas que garantiam proteção efetiva e adequada ao direito constitucionalmente protegido.

Dito isso, adverte-se que o artigo 2º da Lei nº 14.230/2021 promoveu verdadeiro recuo legislativo na tutela da probidade administrativa, o que é vedado por força do princípio da vedação do retrocesso, implícito na Constituição Federal de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional, que veda ao legislador infraconstitucional a possibilidade de revogar leis que concretizam direitos fundamentais na medida em que o legislador venha a reduzir, de forma arbitrária e desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988, apesar de elencar os direitos fundamentais e os tornar intangíveis como cláusulas pétreas admite, e em determinados casos determina, que a concretização de vários desses direitos se faça por meio de lei infraconstitucional, como ocorre com o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º), circunstância que pode levar à sua redução ou supressão por meio de lei posterior, conduzindo, por vezes, ao esvaziamento dos comandos constitucionais nelas previstos.

Nesse panorama, a teoria tridimensional do direito nos ensina que a vigência, a eficácia e o fundamento são qualidades inerentes a todas as formas de experiência jurídica, sem que se possa, contudo, romper o nexo que as vincula ao todo, como é próprio da estrutura do direito (REALE, 1994, p. 21).

A questão do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito põe-se, portanto, no âmago de todas as formas de pesquisa da juridicidade, apresentando aspectos filosóficos e técnico-científicos, constituindo-se em ponto essencial de conexão entre a especulação filosófica e a investigação positiva (REALE, 2002b, p. 561).

Nessa ordem de ideias, a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale apresenta como um dos aspectos da validade o problema das regras

jurídicas imperfeitas, destituídas de fundamentos éticos, nascidas inclusive do arbítrio ou de valores aparentes que só o legislador reconhece.

Tais normas não deixam de ser jurídicas, uma vez que possuem vigência, entretanto denotam um problema a ser enfrentado no que diz respeito à obediência ou não às leis destituídas de fundamentos éticos e a sua positividade (REALE, 2002b, p. 566).

Enfrenta-se, ainda, a problemática do fundamento, em que, muitas vezes, não se alcançam os resultados pretendidos pelo legislador, estando a lei a meio caminho, insuficiente e incapaz de atingir o alvo colimado, traduzida, na visão de Wilhelm Wundt sobre a heterogenia dos fins, da seguinte forma: muitas vezes o homem pratica um ato visando a certo fim, e verifica, com surpresa, ter dado azo à realização de fins diversos e insuspeitados (REALE, 2002b, p. 566-567).

Certo é que existe sempre um valor atrelado à regra jurídica, como fonte primordial de sua obrigatoriedade, objetivando realizar ou amparar um determinado valor, ou, ainda, impedir a ocorrência de um desvalor, reconhecido como (des)necessário à coletividade (REALE, 2002b).

Uma advertência faz-se necessária:

Seria, no entanto, incompleta ou falha a compreensão do problema do fundamento se nos limitássemos a apreciá-lo de maneira estática, destacando atos singulares da totalidade da ordem jurídica, por estarem em desacordo com as exigências axiológicas informadoras de um ciclo cultural ou, mais ainda, com as conquistas universais da experiência histórica.

Uma lei em conflito com a tábua de valores, que dá sentido e fisionomia a um ordenamento jurídico, representa apenas um episódio, um momento de anormalidade e, como tal, deve ser apreciado em função de todo o sistema do Direito, que condiciona não só a norma particular, mas o Poder mesmo de que emana (REALE, 2002b, p. 570).

Dito isso, numa concepção puramente normativista, percebe-se que o problema da vigência confunde-se com o dos requisitos formais indispensáveis a que uma regra de direito adquira ou perca vigor (compatibilidade com outros de maior hierarquia, no caso da Lei nº 14.230/21 com a Constituição Federal), implicando necessariamente numa referência aos valores que determinaram o aparecimento da regra jurídica, assim como às condições fáticas capazes de assegurar a sua eficácia social (REALE, 2002b, p. 572).

Ademais, a análise da vigência em seu aspecto técnico-formal pressupõe todo um mundo jurídico já formado, com as suas normas integradas em sistema e um complexo de atos e de juízos que nele se praticam.

De conseguinte, a abstração normativa não se compreende sem referência ao plano da ação concreta à qual se destina, tão certo como toda regra de Direito vige com pretensão de eficácia, assim como não lhe pode faltar a pretensão de ser justa (REALE, 2002b, p. 578).

A norma jurídica surge como elemento integrante de um modelo de uma classe de ações exigida, permitida ou proibida pela sociedade, destinando-se a influir efetivamente no meio social. Todavia, a eficácia normativa abrange outras questões ligadas à história do Direito, não para reconstituir as linhas dominantes de uma experiência passada e explicá-la na sucessão de seus eventos, mas para indagar de seu sentido, das evoluções e involuções jurídicas, das tábuas de valores do Direito enquanto objetivados na história (REALE, 2002a, p. 608).

Do exposto, portanto, verifica-se a necessidade de o aplicador do Direito ter consciência da importância da manutenção do elo que deve existir entre a realidade social e as normas de Direito para que estas possam ter a devida eficácia e cumprir seu papel na sociedade, problema este a ser enfrentado com o advento da Lei nº 14.230/2021.

4. Conclusão

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente estudo propôs uma análise da Nova Lei de Improbidade Administrativa sob um aspecto jusfilosófico, tendo como principal referencial a Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale.

As profundas modificações realizadas pela Lei nº 14.230/2021 no sistema de tutela da probidade administrativa, regulado anteriormente pela Lei 8.429/92, incidiu em grande parte no conteúdo processual, trazendo significativas limitações quanto ao processo e ao procedimento, implicando numa perspectiva reacionária negativa por parte da comunidade jurídica.

A aplicação da teoria realeana à Lei nº 14.230/2021 mostra-se oportuna, na medida em que, se fato, valor e norma estão interpenetrados, é possível dizer que a aplicação da nova lei resta prejudicada na sua integralidade, visto estar ausente o elemento valor, aqui entendido no sentido axiológico, descomprometida, portanto, como Direito justo.

As falhas observadas com a edição da nova lei restam evidenciadas por romper com princípios e garantias fundamentais elencados no texto

constitucional, o que implica dizer que uma interpretação axiológica das novas disposições pode fomentar juízo de inconstitucionalidade.

O Estado Democrático de Direito clama por efetivação da justiça social, não admitindo espaço para manobras políticas, enrustidas através de um arcabouço legislativo falho, com a vigência e aplicação de normas injustas.

À guisa de conclusão, ressalta-se que a probidade administrativa é moralidade qualificada e expressa bem jurídico protegido, como elemento fundamental e imprescindível para o Estado Democrático de Direito, reconhecido no artigo 37, *caput* e § 4º, da Constituição da República, instituído para o enfrentamento do fenômeno mundial da corrupção.

Referências:

BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em 15 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 02 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429compilada.htm. Acesso em 04 mai. 2022.

CORDEIRO, Carlos José; GOUVEIA, Raíssa Vieira de. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. In.: **Revista dos Tribunais** [recurso eletrônico]. São Paulo, n. 989, mar.

2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92292703/v20180989/document/149461376/anchor/a-149417559> Acesso em 31 out. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. 1ª Edição, 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2021.

NASCIMENTO, Silvio Firmo do. **A importância da Teoria Tridimensional do Direito e sua aplicabilidade nos Cursos de Direito: um estudo bibliográfico sobre Miguel Reale no período de 1986 a 2006**. Saberes Interdisciplinares. São João del-Rei, nº 3, p. 95-126, jul 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 16. ed. Saraiva, 2002a.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 20. ed. Saraiva, 2002b.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *In: Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, junho/2005.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.