

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX,
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Distribuição por prevenção – art.77-B, do RISTF.

**ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP**, entidade de classe de âmbito nacional, com sede no Setor Hoteleiro Sul – SHS, Quadra 6, Conjunto “A”, Complexo Brasil 21, Bloco “A”, salas 305/306, Brasília, Distrito Federal, CEP n.º 70.322-915 (**DOCs. 01 e 02**), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, por seu advogado (**DOC. 03**), com fundamento nos artigos 102, I, *a*, e 103, IX, ambos da Constituição Federal de 1988, ajuizar

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
com pedido de medida liminar**

em relação ao art. 2º da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, na parte em que alterou os seguintes dispositivos da Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa (**DOC.04**); a) art.1º, §§1º, 2º, e 3º, e art.10; b) § 1º e § 10 do art. 12; c) § 3º do art. 17-B; d) §4º do art. 21; e) incisos I, II, III, IV e V do §4º e §5º do art. 23; f) art. 23-C; g) art.11, *caput* e incisos I e II, por ofensa aos art. 14, §9º; art. 37, §4º; art. 127, §§ 1º e 2º da CF; bem como ofensa aos princípios da independência das instâncias, da segurança jurídica, da proporcionalidade e, por fim, da isonomia, pelos fundamentos a seguir expostos.

1. DA DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO:

A presente ação tem por finalidade obter o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 14.230/2021, aprovada pelo Congresso Nacional no ano passado alterando diversos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Iniciada a vigência da nova lei, várias ações foram ajuizadas com a mesma finalidade e seguem em trâmite perante esse Supremo Tribunal Federal, donde destacamos as ADI's 7042 e 7043, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Dessa forma, verifica-se que existe coincidência parcial entre a presente e as citadas ações diretas de inconstitucionalidade, devendo ser aplicada a regra da distribuição por dependência, conforme entendimento placitado no art.77-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, *in exthensis*:

Art. 77-B - **Na ação direta de inconstitucionalidade**, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, **aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos.** (grifei)

Posto isto, requesta-se seja aplicada a regra citada com conseqüente distribuição por prevenção ao Ministro Relator das ações diretas de inconstitucionalidade acima nominadas.

2. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA PROPONENTE

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP é uma entidade de classe de âmbito nacional “*integrada pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos, que tem por objetivo defender as garantias, prerrogativas, direitos e interesses, diretos e indiretos, da Instituição e dos seus integrantes, bem como o fortalecimento dos valores do Estado Democrático de Direito*”, na dicção do art. 1º do Estatuto, devidamente registrado.

Essa colenda Suprema Corte já reconheceu por diversas vezes a legitimidade ativa da CONAMP, como entidade de classe de âmbito nacional, para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal - CF.

Inquestionável, portanto, a legitimidade ativa da associação proponente.

3. DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Entre as finalidades da CONAMP estão a de defender “*os direitos, garantias, autonomia, prerrogativas, interesses e reivindicações dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos*”, “*o fortalecimento do Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” e “*os princípios e garantias institucionais do Ministério Público, sua independência e autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, bem como os predicamentos, as funções e os meios previstos para o seu exercício*”, postas no art. 2º, I a III, de seu Estatuto.

A Constituição Federal, dentre várias funções institucionais, conferiu ao Ministério Público, a “*proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”, sendo a nova lei de improbidade administrativa e seu conjunto de artigos questionados instrumento de atuação para o cumprimento de seu mister.

Da análise da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), a partir das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, verifica-se que as disposições legais impugnadas afrontam normas e princípios constitucionais (arts.5º, *caput* e inciso I, 14, §3º, 15, III, 125, 127 e 128 da CF), bem como interferem na atuação finalística dos membros do Ministério Público que, numa certa proporção, passaram a ter inúmeras restrições ao exercício de suas funções na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa.

Portanto, não há dúvida de que há interesse direto da Associação ora Requerente.

4. DAS PREMISSAS DA ADI – DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO REPUBLICANO

Esta ADI se justifica nos limites das seguintes premissas:

I) As deliberações parlamentares são fundamentais para o país e refletem o mais legítimo exercício da vontade popular expressada através de seus representantes eleitos;

II) A sociedade civil, diretamente ou por organizações legalmente constituídas, igualmente detém legitimidade democrática para debater as decisões de todos os poderes da República;

III) O Supremo Tribunal Federal é o foro legítimo de interpretação do ordenamento jurídico, sob a égide, primeiramente, das normas constitucionais;

5. DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS GERAIS PARA A IMPUGNAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 contempla uma série de mandados de criminalização, ora expressos, ora implícitos. O Supremo Tribunal Federal já expressou que “*A Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia*” e que “*outras vezes se cogita mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbot), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado*”.¹

¹ Inteiro Teor do Acórdão proferido na ADO 26 / Plenário / Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 / Distrito Federal / 13/06/2019, p. 10, em alusão à decisão proferida na ADI 3.112/DF (estatuto do desarmamento).

Em realidade, a Constituição, ao ser democrática e instituidora de um Estado de Direito, *abraçou, como gênero, mandados de responsabilização de diversas naturezas: política e jurídica, sendo que, no que nos importa aqui, a última se reveste de caráter tanto penal como não penal.*

Daí haver previsto, quanto à não penal, em uma de suas hipóteses, *a responsabilização contra os abusos cometidos no âmbito da Administração Pública*, à luz da previsão de princípios administrativos no art. 37, *caput*, inderrogáveis pela ação administrativa, mesmo em virtude de atos praticados de boa-fé, e daquela outra do §4º do mesmo dispositivo constitucional, indicadora de sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa.

Desse mandado não pode se exonerar o nosso legislador, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, quando exercer seu legítimo poder de alterar a ordem jurídica infraconstitucional.

Portanto, na esteira do que decidido e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o “*direito fundamental do povo ao governo honesto*”², encontra esteio e validade em princípios implicitamente inseridos no corpo da Constituição Federal, a exemplo do princípio republicano (art.1º), princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III) e princípio da moralidade administrativa (art.37, *caput*).

6. DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS PARA A IMPUGNAÇÃO – DOS PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

A norma princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, extraída, conforme a doutrina majoritária, do texto do Art. 5º, §1º, da Lei Maior de 1988, é uma das linhas mestras da interpretação

² “É direito de todas as pessoas que participam da comunidade política a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura, da impessoalidade, da moralidade e da legalidade”. (STF, MS 27.141)

constitucional, estando intimamente ligada ao princípio da força normativa da Constituição (*Konrad Hesse*) e tem aplicação direta ao caso em testilha.

Nesse norte, os doutrinadores Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que:

“o princípio da máxima eficácia e efetividade (também chamado de princípio da eficiência) implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, também da força normativa da constituição.”³

Trazendo essa relevante lição para o caso em tela, espera-se que este Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição da República, confira a máxima efetividade às normas constitucionais (regras e princípios) frontalmente violadas pela Lei nº 14.230/2021 e a exclua do ordenamento jurídico pátrio, declarando a sua invalidade.

Ainda tem aplicação na ação objetiva em apreço os princípios da vedação ao retrocesso e vedação da proteção deficiente, que se fazem presentes em nossa ordem constitucional, segundo a doutrina, de forma implícita. É sabido que o Poder Legislativo é livre, sob algumas condições, para editar leis a fim de que sejam observadas e cumpridas pelos cidadãos, porém os vetores mencionados são limitações materiais ao legislador, por todas as razões acima expostas.

O princípio da vedação ao retrocesso, inicialmente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal para situações que reclamam prestações sociais positivas por parte do Estado (direitos fundamentais sociais), consagrou-se como um limitativo a atuações errôneas dos Poderes públicos e que se destinam a homenagear a vontade social e retrocessos decorrentes de um agir distanciado do interesse público.

³ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 240.

Ao escrever sobre o tema e sua essência principiológica, Pedro Lenza ensina:

*“O legislador, ao regulamentar os direitos, deve respeitar o seu núcleo essencial, dando as condições para a implementação dos direitos constitucionalmente assegurados. E o Judiciário deve corrigir eventual distorção para se assegurar a preservação do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Ainda, nesse mesmo contexto, deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de “effet cliquet”.*⁴

Nesse mesmo tangenciar de ideias, Canotilho, Mendes e Streck asseveraram que *“trata-se de um instrumento de proteção contra atos que, sob uma aparente legalidade, colidem com o âmbito de proteção já efetivado dos direitos fundamentais, e dos direitos sociais em especial, motivo por que poderão ser sempre impugnados judicialmente, por inconstitucionalidade”*⁵.

Como cediço, os direitos fundamentais à igualdade e à probidade administrativa (direito implícito de 3ª dimensão)⁶, previstos na Constituição de 1988, dentre outros, já proporcionaram a conquista ao afastamento de qualquer tipo de tratamento desigual e/ou imoral no seio das relações jurídicas, sobretudo quando se trata de alterar severamente todo o arcabouço normativo editado e em vigor há quase 30 anos com a finalidade de tutelar a probidade administrativa e o patrimônio público, motivo pelo qual pode-se afirmar que a legislação em testilha afigura-se materialmente inconstitucional, por reduzir consideravelmente o âmbito de proteção de tais direitos.

Portanto, a essência de referidos princípios deve permear toda e qualquer atividade legislativa posterior acerca da tutela do patrimônio público e da probidade administrativa (e de regulamentação ou disposição da matéria e seu

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22ªed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1456.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. *Comentários à Constituição do Brasil*. – São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. p. 1325.

⁶ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. **Lei anticorrupção empresarial**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 23-25.

standarte constitucional) a ser realizada pelo legislador constituinte derivado, notadamente quando se destina a – como inserido na justificativa do projeto de lei ao final aprovado e aqui questionado, aperfeiçoar os mecanismos de combate aos atos de improbidade administrativa.

7. DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS

A seguir, enumerados cada um de *per si*, os dispositivos que serão objeto de impugnação no bojo da presente ação direta e cuja inconstitucionalidade se quer ver declarada, conforme os argumentos a seguir postos:

Art.1º (...)

§ 1º - Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais;

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Art. 10. *Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*

Art. 1º (...)

§ 8º - Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não

venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.

“Art. 12. (...)

§ 1º A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.

(...)

§ 10. Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.”

“Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:

(...)

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

“Art. 21.

(...)

§ 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

“Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

(...)

§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:

I - (...);

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.”

Art. 23-C. Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de

suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995;

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 – (...)

II – (...)

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais

ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

§ 4º Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo.

§ 9º As sanções previstas neste artigo somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

§ 10. Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Art. 18-A. A requerimento do réu, na fase de cumprimento da sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes, observado o seguinte:

Parágrafo único. As sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratar ou de receber incentivos

fiscais ou creditícios do poder público observarão o limite máximo de 20 (vinte) anos.

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

§ 10-C. Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.

§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.

§ 10-F. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que:

I - condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial;

8. DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

8.1) DA EXCLUSÃO DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS ATOS CULPOSOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DA CULPA GRAVE E DO ERRO GROSSEIRO: (Art.1º, §§ 1º, 2º e 3º, e art.10, constantes do art.2º, da Lei nº 14.230/21)

Art.1º (...)

§ 1º - Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais;

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

O dispositivo posto desobedece subjetivamente o arquétipo do sistema de responsabilização inserto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Com efeito, o delineamento constitucional é que haja a responsabilização dos agentes políticos, públicos e privados, no caso de improbidade administrativa, também por atos culposos (e não somente a título de dolo). Essa previsão é expressa, consistente no direito de regresso que os entes públicos têm contra o seu agente que causar dano a terceiros “*nos casos de dolo ou culpa*”:

Art. 37 (...)

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, a responsabilidade por dolo ou culpa é decorrente da Constituição Federal. O Superior Tribunal de Justiça, em precedentes relacionados ao texto anterior da lei de improbidade, conferiu interpretação ao art. 10 para estabelecer, como referencial da culpa, os casos de erro grosseiro e culpa grave.

Essa interpretação mostrou-se perfeitamente sintonizada com o disposto no art. 28 da Lei nº 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), segundo o qual:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas *em caso de dolo ou erro grosseiro*.

Respeitadas as discussões possíveis em torno do tema do erro grosseiro e da culpa grave, tem-se como existentes quando, no caso concreto (*que deve ser sempre levado em conta*), o agente público se afasta da conduta ordinária que se espera na situação, sem que, a justificar tal atitude, existam condições extraordinárias que legitimem esse agir.

Suprimir a possibilidade de responsabilização dos atos de improbidade *culposos graves* causadores de dano ao erário é descumprir de forma flagrante os mandamentos constitucionais e eliminar a efetiva proteção ao patrimônio público. A matéria, com outras nuances, foi apreciada por esta Suprema Corte em derredor da MP 966, que eximia de responsabilidades os gestores públicos que atuassem com culpa grave ou incidindo em erro grosseiro no enfrentamento da pandemia da Covid-19⁷.

Em seu voto, o eminente Min. Alexandre de Moraes destacou que:

“No tocante às inconstitucionalidades materiais apontadas, inicio a análise da matéria recordando que a regra em uma República é a possibilidade plena de responsabilização dos agentes públicos. *Essa regra, seja em virtude do próprio*

⁷ ADI's nº 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.248 e 6.431.

princípio republicano inserido na Constituição, seja em virtude de regras específicas também no Texto Constitucional, é a responsabilização. Excepcionalmente há possibilidade de excludentes de responsabilidade”.

O Ministro Luís Roberto Barroso, Relator da matéria, bem salientou que:

“Acho também que, em época de indefinição e incerteza, o parâmetro dolo e erro grosseiro é uma proteção para evitar que o administrador seja atormentado pelo medo e pela dúvida em decidir e fazer as coisas certas. Se ele superfaturar ou se *cometer erros inaceitáveis, continua responsável*. Para decidir em momentos de indefinição, de dificuldade em meio à "Maria Fumaça", acho, sim, que exige certa proteção ao administrador, seja ele quem for e de qual partido for. Um administrador precisa ter segurança para tomar suas decisões”.

Assim, não guarda correlação com a Constituição Federal e com a jurisprudência dominante a retirada do ordenamento jurídico em vigor do *tipo culposo da improbidade administrativa*, pois o patrimônio público não deve ser protegido apenas de atuações dolosas de agentes públicos, mas também quando presente erro grosseiro ou culpa grave, consideradas as circunstâncias da situação concreta e o atuar exigível do agente, sob pena de se incorrer em incontestada tutela deficiente do patrimônio público.

Note-se que a responsabilidade por erro grosseiro prevista na Lei 13.675 de 2018 – LINDB (art. 28) tempera, ainda mais, juntamente com a jurisprudência dominante, eventuais excessos na aplicação da modalidade culposa da improbidade administrativa.

Aliás, esse caminho interpretativo foi citado pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, por ocasião do julgamento do ARE 843.989/PR, de sua relatoria, cujo voto escrito ainda não foi publicado e disponibilizado.

Acresça-se a isso, que essa modificação ainda apresenta outra consequência nefasta para o sistema constitucional de responsabilidade por

prática de atos de improbidade administrativa: exigirá a revisão, pelo Poder Judiciário, de inúmeras condenações por improbidade administrativa culposa, aumentando deveras o sentimento de impunidade no nosso país, impunidade esta qualificada pela dilapidação do patrimônio público.

8.2) DA EXCLUSÃO DA ILICITUDE DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DA DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA DA LEI BASEADA EM JURISPRUDÊNCIA NÃO PACIFICADA: (Art.1º, parágrafo único, § 8º, constante do art.2º, da Lei nº 14.230/21)

Art. 1º (...)

§ 8º - Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.

O dispositivo cria uma nova causa excludente da improbidade administrativa baseada na assertiva de que, *mesmo decisões não calcadas em entendimento pacificado no âmbito do Poder Judiciário ou dos órgãos de controle*, afasta a caracterização do ato de improbidade, seja decorrente de ação ou omissão.

Referida hipótese normativa traz imprevisibilidade, potencializa insegurança jurídica e enseja incontestável violação aos princípios da confiança e da vedação de retrocesso, uma vez que pode dar causa a que inúmeras condutas ímprobadas sérias e que, inclusive, sejam ensejadoras de grave dano ao erário deixem de ser suscetíveis de responsabilização, dado um dissenso menor e pontual encontrado em precedente isolado.

O poder regulamentar dos órgãos de controle ou o entendimento reiterado dos tribunais, principalmente quanto a determinadas condutas que já foram objeto de questionamentos e análise, nos oferece o melhor caminho para a situação posta, notadamente quando se emitem as súmulas, atos normativos de orientação ou as decisões tomadas em sede de repercussão geral. Nesses casos,

poder-se-ia até conferir o efeito pretendido, o que não é admissível na hipótese da excludente criada, incompatível com o mandado constitucional de responsabilização conferido ao nosso legislador.

Além disso, a expressão “*mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente*”, deixa dúvidas quanto à possibilidade de responsabilizar quem adotou medidas contrárias à posição atualmente prevalecente nas decisões de controle, ainda que baseadas em entendimento minoritário. Ou seja, a redação é imprecisa, ambígua e dá margem a decisões subjetivas, gerando insegurança jurídica e solapando a devida e necessária proteção ao patrimônio público.

Portanto, ao prever que a existência de algum precedente minoritário isenta agentes públicos e privados, sem nenhuma outra condicionante, de responsabilidade, a lei esvazia a incidência das tipicidades da improbidade administrativa, incentiva expedientes ardilosos para contornar o melhor direito e perpetua o sentimento de impunidade para atos cuja intensidade e *modus operandi* são reconhecidamente ilícitos.

Assim, evidente o vício de inconstitucionalidade do dispositivo proposto, tendo em vista a violação aos princípios da segurança jurídica (art.5º, XXXVI da CF), da confiança e da vedação de retrocesso previstos na Constituição Federal e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e, no âmbito externo, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, nos casos Velasquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Godínez Cruz vs. Honduras (1989), Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003) e Ramirez Escobar x Guatemala.

8.3) DA RESTRIÇÃO DE APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA AO CARGO OCUPADO PELO AGENTE PÚBLICO NO MOMENTO DA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: (Art.12, § 1º, constante do art.2º, da Lei nº 14.230/21)

Art. 12. (...)

§ 1º A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de

mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.

A norma acima transcrita não deixa dúvida de sua inconstitucionalidade quando dispõe que *a sanção da perda da função pública atinge apenas vínculo da mesma qualidade e natureza*. Neste, como nos demais pontos atinentes ao mandato constitucional de defesa da probidade administrativa, o legislador derivado não pode se afastar do § 4º do art. 37 da Constituição Federal.

De fato, a nova regra fez restrição não prevista na Carta Magna que diz, expressamente, que atos de improbidade importarão em perda da função pública, de forma ampla.

Essa limitação, conseqüentemente, afronta o próprio conceito constitucional de improbidade administrativa. Ora, a improbidade não se restringe à função pública específica na qual foi cometida. O ímprobo assim o é para o exercício de qualquer cargo, no prazo de sanção estabelecido pela norma. Não se trata de impor um estigma, mas de dar o significado e extensão que a Constituição confere à probidade administrativa, à sua violação e às conseqüentes sanções.

Dadas essas premissas, não se pode conceber constitucional norma que reconheça como ímprobo alguém para uma função pública e probo para outra, no tempo de cumprimento da sanção. Especialmente nos casos de altos cargos em comissão e de mandatos eletivos, sujeitos a ampla volatilidade, e considerando o tempo de solução dos processos, as sanções sentenciadas muito dificilmente serão aplicadas. Tem-se aqui, uma vez mais, uma anistia antecipada e não autorizada constitucionalmente.

As modificações aqui referidas, repita-se, ofendem os princípios da proibição da proteção deficiente e da vedação do retrocesso, pois acabam por reduzir o espectro de proteção da probidade administrativa, possibilitando a

imposição de penas mínimas, irrazoáveis e que podem não guardar proporcionalidade com a gravidade dos fatos praticados.

Noutra perspectiva, há de se reconhecer que a disposição questionada também ofende o princípio da igualdade e da máxima efetividade do sistema de proteção constitucional da probidade administrativa, principalmente quando estivermos, no caso concreto, diante do mesmo fato praticado por agentes públicos diferentes e cujo desfecho para aquele que, após ser condenado, por ainda permanecer no mesmo cargo, sofrerá a consequência de perda da função pública, ao tempo que o outro agente improbo, pelo fato de ter mudado de cargo, estará indene dos efeitos dessa pena específica.

A título de exemplo, imaginemos a situação de dois gestores municipais processados e condenados por atos de improbidade administrativa ensejadores de enriquecimento ilícito e de grave lesão ao erário, com sentença transitada em julgado. O primeiro, antes do término do mandato e no curso do processo, concorre e se elege Senador e o segundo segue no curso do mandato, prevalecendo, pelo dispositivo ora questionado, a perda da função pública somente a este último.

Portanto, ao limitar a perda da função pública ao *ente* no qual o cargo ou função era ocupado, a norma mitiga o alcance de aplicabilidade das sanções e resulta em proteção deficiente da probidade administrativa, propiciando benefício em favor do autor do ato ilícito administrativo, com ares de inconstitucionalidade. Essa postura do legislador constituinte derivado está em descompasso com o sentimento constitucional que serve de arrimo ao microsistema de tutela do patrimônio público.

8.4) DA CONTABILIZAÇÃO DO PRAZO DE INELEGIBILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 135/2010 NO TEMPO DA PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLITICOS: (Art.12, § 10, constante do art.2º, da Lei nº 14.230/21)

Art. 12. (...)

§ 10. Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Consoante dispõe nossa Carta Federal, a disposição e regulamentação das causas de inelegibilidade deve ser feita por intermédio de lei complementar, *in verbis*:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

Sucedo que o §10 do art. 12, da nova lei, cujo status é de lei ordinária, criou mais um caso de inelegibilidade, contrariando a Carta Magna, que determina somente ser possível essa providência se e quando feita através de lei complementar.

Mas, não só isso, pois o dispositivo questionado foi além, a ponto de criar uma *espécie de detração*, ao prever que se contabilize o prazo de inelegibilidade no cômputo do prazo de suspensão dos direitos políticos, confundindo a essência e os fundamentos de institutos totalmente diferentes e que tão somente se completam enquanto instrumentos de proteção da probidade administrativa e da higidez da participação do cidadão na política.

Dito de outra forma, a impropriedade técnica e inconstitucional da produção legislativa aqui analisada, visa possibilitar que o tempo de inelegibilidade provisória (antes do trânsito em julgado) e portanto decorrente do computo do prazo transcorrido entre a decisão exarada por órgão colegiado e o

trânsito em julgado, seja contado retroativamente e subtraído do tempo de pena, mesmo diante de instrumentos diferentes.

Importante ressaltar ainda, que esse tema sobre inelegibilidade provisória e detração entre o tempo anterior e posterior do trânsito em julgado foi tratado na ADI 6630, cujo julgamento teve desfecho pelo não-conhecimento da ação haja vista se tratar de pretensão rescisória de decisão do Pretório Excelso por ocasião do julgamento das ADC's 29 e 30 e da ADI 4578.

No julgamento da ADI 6630, cujo desfecho foi, o não-conhecimento da ação, por maioria, restou bem delineado que há acentuada diferença ontológica entre o instituto da suspensão dos direitos políticos (pena decorrente de uma condenação criminal ou sanção pela prática de ato de improbidade administrativa) e a temática das inelegibilidades.

Enquanto aquela se assenta no preceito do art.15, III da CF, atinge a capacidade eleitoral ativa e passiva do condenado e tem aplicação a todas as infrações penais, esta ultima, ocorre após o término da suspensão e aos condenados em hipóteses específicas e cujos atos são de maior gravidade, atingindo tão somente, a capacidade eleitoral passiva.

Por conseguinte, essa diferenciação quanto as consequências, fundamentos e forma de incidência dos institutos sob referência, foi exaustivamente mencionada pelo STF, *in litteris*:

“a inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4o a 9o do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (ius honorum), mas também ao direito de voto (ius suffragii). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos”.

Portanto, há de se concluir, ao contrário do que pretende o dispositivo questionado, da impossibilidade de se promover a detração do tempo transcorrido entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória, do prazo da suspensão dos direitos políticos.

Além disso, há afronta ao art. 37, § 4º, da Constituição da República, pois, ainda que a norma impugnada não tenha retirado a sua total eficácia, há uma proteção insuficiente, ou seja, a eficácia da sanção de suspensão dos direitos políticos acabou sendo seriamente fragilizada.

8.5) DA CRIAÇÃO DE NOVA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE AO MINISTÉRIO PÚBLICO - OITIVA PRÉVIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA QUANTIFICAÇÃO DE DANO – QUEBRA DA AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DE SEUS MEMBROS – ALTERAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA DO MODELO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS: (Art.17-B, §3º, constante do art.2º, da Lei nº 14.230/21)

Art. 17-B. (...)

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

A independência e/ou autonomia das instituições constitui marca intangível do sistema constitucional brasileiro e decorre do próprio Estado Democrático de Direito para garantir que cada função seja exercida dentro da repartição de competências e responsabilidades, sem que haja interferência ou limitação indevida.

Nessa linha, prevalece a cooperação entre poderes e instituições, assim como funções, autônomas (ou, que se quer, independentes), cada qual exercendo seu papel institucional dentro de sua legitimidade constitucional e nos limites dos regramentos infraconstitucionais.

O §3º do art 17-B, contudo, não deixa dúvida de que ocorreu uma interferência indevida na autonomia de 2 (duas) instituições.

Em primeiro lugar, do Ministério Público, na medida em que atinge a garantia constitucional prevista no art. 127, §§ 1º e 2º da Constituição Federal.

Para assegurar o cumprimento de suas missões constitucionais, ao Ministério Público foi assegurada autonomia institucional e independência funcional de seus membros. Com efeito, o *caput* do artigo 17-B dispõe que o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que ocorra o integral ressarcimento do dano.

Sendo assim, a condição de procedibilidade criada pelo §3º, que exige a oitiva do Tribunal de Contas sobre o valor do dano a ser ressarcido, interfere diretamente na autonomia do Ministério Público, que é um dos legitimados para a propositura da ação de improbidade administrativa.

Como legitimado, cabe a instituição avaliar sobre a possibilidade de celebração do acordo, conforme as circunstâncias do caso concreto, bem como sobre os requisitos necessários, inclusive o valor devido, contando, inclusive, com órgãos técnicos internos, plenamente capazes de apurar o valor do dano envolvido a subsidiar o processo de negociação do ANPC.

Vale recordar que o ANPC é objeto de discussão e acerto interpartes, de modo que o investigado ou acionado terá a possibilidade de contrapor, ao cálculo apresentado pelo Ministério Público, aquele que entende plausível. Há, portanto, um âmbito da autonomia da vontade envolvido na negociação, a qual pode não resultar concluída, pelo desejo das partes.

Note-se, ademais, que, muito frequentemente, o dano é de intuitiva aferição: valor do contrato, recursos apropriados indevidamente, diárias recebidas indevidamente, dentre tantos outros exemplos mezinhos que se poderia aqui alinhar.

A exigência de oitiva, em qualquer caso, do Tribunal de Contas pretere todo esse conjunto de elementos constitucionais, expressos e implícitos a

cargo do Ministério Público para cumprir sua missão – autonomia da instituição e independência funcional de seus membros.

Há de se entender, para os fins aqui tratados, que a autonomia constitui importante instrumento de salvaguarda do Ministério Público e que se destina a evitar subordinação a qualquer outra instituição, a não ser aos imperativos da lei.

Assim, ao condicionar o exercício da atividade-fim ministerial à oitiva do Tribunal de Contas sobre o dano a ser ressarcido e sobre os parâmetros a ser utilizados para essa quantificação - quando da formulação de proposta de acordo de não persecução civil no âmbito da lei de improbidade administrativa, a lei questionada acaba por subordinar a atuação do Ministério Público a outra instituição, o que afronta o princípio da harmonia e independência entre os Poderes e entra em rota de colisão com entendimento placitado por esse STF, no julgamento da ADI 775, relatoria do Min. Dias Toffoli.

Ressalte-se, que a exigência de oitiva de outro órgão sobre o valor do dano a ser ressarcido não existe no acordo de não persecução penal também previsto em nosso ordenamento jurídico (Lei nº 13.964/2019). Portanto, seguindo a mesma linha, da mesma forma deve acontecer no acordo de não-persecução civil, em respeito à norma constitucional que garante autonomia e independência ao Ministério Público.

Em conclusão: não há como o titular da ação ter que se sujeitar à avaliação do Tribunal de Contas nesse caso. Isso constitui nítida interferência na função ministerial.

Em segundo lugar, a autonomia do Tribunal de Contas e o seu papel constitucionalmente desenhado também foram violados pelo dispositivo legal questionado.

De fato, ao analisarmos os dispositivos constitucionais atinentes ao papel das Cortes de Contas, partindo do art. 71, não encontramos assertiva que traga a atribuição nos moldes descritos na obrigação contida no art. 17-B, §3º, da nova lei de improbidade.

Em outras palavras, o legislador ordinário simplesmente abdicou do dever de observar a Constituição para criar requisito de formalização do ANPC dependente de atuação dos Tribunais de Contas.

Observe-se que nada impede, ao contrário é recorrente, salutar e encontra respaldo nas previsões constitucionais sobre o papel das Cortes de Contas, que elas representem aos órgãos apropriados quando julguem contas desaprovadas e encontrem elementos constitutivos do cometimento de ilícitos por parte de gestores. Nesses casos, como em outros, poderão já apontar os parâmetros quantificadores de danos a ressarcir, e isso é fartamente aproveitado pelos demais órgãos de controle nas avaliações de situações concretas que executam no exercício dos misteres respectivos.

Assim, transformar os Tribunais de Contas, *data venia*, em órgãos de assessoria do Ministério Público em matéria de ANPC, altera o plexo de suas atribuições e extravasa suas competências, o que também viola frontalmente a Constituição.

Apenas a título de complementação ao debate, acaso não prevaleça a ideia principal – reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo questionado por flagrante quebra da independência funcional dos membros e da autonomia institucional do Ministério Público, bem como da mudança, através de lei ordinária, do arquétipo constitucional das Cortes de Contas, seja aplicada a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto⁸, para se aplicar contornos interpretativos segundo o qual inexistente qualquer obrigação ou vinculação da instituição ministerial, antes uma faculdade, em colher a manifestação do Tribunal de Contas quanto a se perquirir o *quantum* do valor a ser ressarcido no bojo dos acordos de não-persecução civil.

⁸ O acórdão recorrido considerou ilegítima a terceirização dos serviços, pois concluiu a Lei 8.987/1995 (que trata do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos) não autorizou, em seu art. 25, a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico (...). Ao realizar essa interpretação, o órgão fracionário do TRT-3 exerceu o controle difuso de constitucionalidade e utilizou **a técnica decisória denominada declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pela qual o intérprete declara a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem, contudo, alterá-lo gramaticalmente, ou seja, censurou uma determinada interpretação por considerá-la inconstitucional.** (Rcl 27.171, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 26-10-2018, dec. monocrática, DJE de 30-10-2018) (grifei)

8.6) DA INDEVIDA AMPLIAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EXARADAS NA JUSTIÇA CRIMINAL AO AMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS: (Art.21, § 4º, constante do art.2º, da Lei nº 14.230/21)

“Art. 21.

§ 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Quanto ao §4º do art. 21, ora questionado, percebe-se que houve um indevido alargamento das hipóteses de interferência das decisões proferidas no âmbito criminal, afrontando, em primeiro lugar, o princípio da independência das instâncias e incorrendo em proteção insuficiente ou deficiente da probidade administrativa, a teor do art.37, §4º da CF.

O dispositivo impugnado, ao dispor que a decisão de absolvição criminal em processo penal, *por qualquer fundamento* do art. 386 do Código de Processo Penal - CPP, sobre os mesmos fatos, impedirá o trâmite da ação de improbidade, implica evidente inconstitucionalidade. Para tanto, vale transcrever o teor do art. 386 do CPP, *in verbis*:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;*
- II - não haver prova da existência do fato;*
- III - não constituir o fato infração penal;*
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”.

Como se pode observar, há casos em que, a comunicação entre as instâncias *é devida e deve ser aplicada*, como, por exemplo, quando se comprova a inexistência do fato. Porém, noutras situações, a absolvição criminal não impede, haja vista a ausência de lógica jurídica que lhe dê sustentabilidade, o seguimento da ação de improbidade administrativa.

A título de exemplo, a prevalecer o dispositivo questionado, quando inexistir na legislação penal em vigor tipo penal capaz de abarcar determinada conduta, mesmo que se trate de fato que possa e deva ser responsabilizado no âmbito da improbidade administrativa, estará objetada a persecução no âmbito civil, gerando indevida impunidade e quebra da proteção à probidade administrativa.

Estaremos diante de situação em que, a conduta, mesmo possuindo referência na lei de improbidade deixará de ser sopesada e responsabilizada.

Outro exemplo que não admite, de forma alguma, a comunicação de instâncias é o inciso VI do art. 386 do CPP, que elenca, como uma das causas de absolvição criminal, *circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena*.

Realmente, há vários casos em que o código penal exclui a antijuricidade, gerando efeitos no âmbito penal. Sucede que este deve ser analisado de forma diversa do âmbito da improbidade, pois as tipicidades e requisitos respectivos de configuração são distintos; as ações são diversas, assim como diferentes são as exigências probatórias e as sanções correspondentes.

Não há como ultrapassar, sem ressalvas e sem respeitar as peculiaridades recíprocas, as dimensões penais e processuais penais para aquela outra da improbidade administrativa. Não se pode confundir a

responsabilização criminal com responsabilização civil, tendo em vista que seus pressupostos, muitas vezes, são diferentes.

Como se constata, na verdade, em total descompasso com a legislação até então em vigor e com o princípio da independência das instâncias - art. 935 do Código Civil de 2002⁹, art. 126, lei 8.112/1990¹⁰, e arts. 66¹¹ e 67¹², III, Código de Processo Penal, que delimitam o espectro de comunicação dos efeitos entre as esferas penal e civil apenas em caso de absolvição por demonstração de inexistência do fato ou da autoria, a nova lei de improbidade administrativa criou irrestrita incidência dos casos de absolvição na seara criminal a ensejar a extinção da ação de improbidade (art. 21, §4º).

A prevalecer essa recalcitrância ao princípio da independência das instâncias, mesmo a absolvição na esfera penal por insuficiência de provas deve levar à extinção da ação civil de improbidade administrativa, o que também fere frontalmente a segurança jurídica e ocasiona proteção deficiente da probidade administrativa e do patrimônio público.

Sendo assim, não há dúvida que a responsabilização por ato de improbidade nem sempre poderá estar atrelada ao cabimento de ação penal, *menos ainda aos motivos decisórios do julgamento de uma ação penal*. Portanto, há inconstitucionalidade patente ao estender a comunicação entre as instâncias em questão a todos os casos de absolvição criminal, salvo nas hipóteses dos incisos III e IV do art. 386 do CPP, pois é clara a ofensa a independência das instâncias (art.37, §4º), ao princípio do juiz natural, ao princípio do livre convencimento motivado e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art.5º, XXXV, XXXVII), da Lei Maior.

⁹ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹⁰ Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

¹¹ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

¹² Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

8.7) DA PRESCRIÇÃO GERAL E INTERCORRENTE - DO TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO: (art.23, *caput* e §4º, incisos II a V, §5º da LEI Nº 8.429/1992)

“Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

(...)

*§4º O prazo da prescrição referido no **caput** deste artigo interrompe-se:*

(...)

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

*§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no **caput** deste artigo.”*

Adredemente e assim perdurou pelos últimos 29 anos, o termo inicial do prazo prescricional das ações por ato de improbidade administrativa era a saída do agente público do cargo ou função ocupada por ocasião da prática das condutas, ou seja, o término do mandato, a saída do cargo em comissão ou da função de confiança ou no caso de faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, o prazo previsto em lei específica. Com a alteração

questionada, o termo inicial passou a ser a data do fato, deixando de levar em conta, para os casos de improbidade administrativa, a incidência da teoria da *Actio Nata*¹³, já reconhecida amplamente pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

Assim, referida mudança no termo inicial da contagem, contraria o interesse público e representa proteção deficiente da probidade administrativa e do patrimônio público, incidindo negativamente sobre a legitimidade do Ministério Público para propor as ações de improbidade administrativa. As alterações não pararam por aí, haja vista ter sido introduzida pela nova lei a prescrição intercorrente e diversas hipóteses de interrupção.

Ocorre que, o que é ainda mais grave, esses marcos interruptivos não contemplam a ocorrência de *decisões absolutórias em qualquer das instâncias judiciais*. Acaso, o respondente da ação de improbidade for *absolvido* pelo juiz sentenciante *não há previsão de interrupção do prazo prescricional*.

Como cediço, essa omissão legislativa também reforça com clareza solar a ocorrência de inconstitucionalidade, na proporção em que deixa de regular de forma equânime todas os incidentes ou fases do processo. Havendo uma decisão absolutória, certamente, *não haverá tempo hábil mínimo para que o processo possa chegar ao seu final, em caso de prosseguir com a interposição de recurso*. Assim, *não será possível reverter tempestivamente a situação, porque incidirá, inevitavelmente, a prescrição*.

¹³ 3. A declaração da prescrição pressupõe a existência de uma ação que vise tutelar um direito (*actio nata*), a inércia de seu titular por um certo período de tempo e a ausência de causas que interrompam ou suspendam o seu curso. 4. Deveras, com a finalidade de obstar a perenização das situações de incerteza e instabilidade geradas pela violação ao direito, e fulcrado no Princípio da Segurança Jurídica, o sistema legal estabeleceu um lapso temporal, dentro do qual o titular do direito pode provocar o Poder Judiciário, sob pena de perecimento da a ação que visa tutelar o direito. 5. "Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez adquirido, entra como faculdade de agir (*facultas agendi*), para o domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não-uso, ou não-exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação.(...) Quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição: 1º - existência de uma ação exercitável (*actio nata*) 2º - inércia do titular da ação pelo seu não exercício; 3º - continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; 4º - ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional. (Antônio Luís da Câmara Leal, in "Da Prescrição e da Decadência", Forense, 1978, p. 10-12) (STJ, REsp. 999.324, relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/10/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA) (grifo nosso)

¹⁴ Conforme se depreende do acórdão prolatado no julgamento do AgRg no REsp 1509971/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015 e do Resp. 1268594/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013.

Doutra banda, a nova lei não se coaduna com a realidade processual e estrutural do sistema de justiça brasileiro, no qual, dificilmente, um processo tem sua tramitação integral, até o trânsito em julgado, no prazo por ela previsto de 4 anos (já que interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no *caput* do art. 23, que estabelece 8 anos). Aliás, dados do Conselho Nacional de Justiça demonstram que um processo cível leva, em média, quase 5 anos para percorrer cada instância judicial. (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>).

Portanto, o termo inicial do prazo da prescrição intercorrente há de ser bem delimitado por esse egrégio STF, para, espraiando a jurisprudência dominante, reafirmar que “*somente em caso de constatação da inercia do autor*”, há de se admitir que a fluência daquele tempo prescricional começou, evitando-se assim, mais uma afronta, desta feita ao direito fundamental à tutela jurisdicional.

Os efeitos nefastos somente não serão maiores sobre a tutela da probidade administrativa, graças ao entendimento dessa Corte, quando do julgamento da ARE 843.989/PR, que decidiu pela não retroação desse novo regime prescricional, havendo necessidade de se avançar para expressamente consignar que o termo *a quo* do prazo da prescrição geral deve ser mantido (prazo em vigor por 29 anos), como também, que o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente se dá somente em caso de constatada/comprovada inércia do autor da ação de improbidade administrativa.

Esse conjunto de inconstitucionalidades, além de afrontar o acesso ao judiciário, fulmina outro valor constitucional, a segurança jurídica, e os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, gerando uma proteção deficiente à probidade administrativa, ensejando incontestemente retrocesso, à luz do interesse público.

De outro giro, em reforço, há de se referir também, que não pode sopesar ao Ministério Público ver erigido o exercício de sua relevante função constitucional e por assim dizer, da pretensão estatal de salvaguarda da probidade administrativa, ante a ocorrência de prescrição, dita intercorrente, por

consequência de atos que não lhes são devidos e contra si inimputáveis, quando a inércia foi de outrem.

A prevalecer essa possibilidade – no que espera-se o Excelso Pretório se digne em afastar, com uso dos meios protelatórios ao desfecho processual teremos a ocorrência da prescrição intercorrente, gerando incontestemente desequilíbrio entre as partes, ferindo o postulado da paridade de armas, os princípios do contraditório e do *due process of law* e a prerrogativa institucional do *Parquet*.

Assim, repita-se, o termo a *quo* da contagem do prazo da prescrição intercorrente somente é possível de ser considerado a partir da constatação da inércia da parte autora da ação de improbidade administrativa, no caso o Ministério Público.

Registre-se que a responsabilidade pelo fracasso da resposta jurisdicional será atribuída, injustamente e mais uma vez, ao Poder Judiciário brasileiro, a que se associará o colapso da fé sobre um dos pilares do Estado de Direito, a submissão de todos ao ordenamento jurídico e a responsabilidade pelos atos ilícitos praticados.

Dessa forma, os dispositivos impugnados retiram a plena eficácia do §4º do art. 37 da Constituição Federal.

8.8) DA CRIAÇÃO DE IMUNIDADE AOS PARTIDOS POLÍTICOS E A SEUS DIRIGENTES - NÃO INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: (art.23-C, *caput*)

“Art. 23-C. Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

Sem estar albergado em alguma razão com sustentáculo no interesse público, a nova lei retirou essas fundamentais organizações do sistema político, que manejam vultosos recursos públicos, em especial dos fundos partidários, do

âmbito de alcance do regime de responsabilidade por prática de improbidade administrativa, instituindo verdadeira imunidade material.

Não há fundamento que permita a imunidade dos partidos políticos em face da lei de improbidade administrativa. Não somente porque recebem recursos públicos, como também porque são depositários de prerrogativas especiais que os colocam em posição especial no quadro de organizações políticas legitimadas a intervir no processo democrático brasileiro.

A permanência dessas organizações no âmbito de alcance da lei de improbidade em nada depõe contra o seu nuclear papel na democracia brasileira; ao contrário, contrapõe às suas elevadas prerrogativas e aos vultosos recursos financeiros de origem pública que manejam um importante marco de responsabilidade, em cuja ausência implicará em verdadeira lacuna, impossível de ser superada pelo constitucional e legítimo dever estatal de defender o patrimônio público e a probidade administrativa.

Mais uma vez, se percebe ofensa ao art. 37, §4º, da Constituição Federal e aos princípios da isonomia, da proporcionalidade, na premissa da vedação à proteção deficiente e vedação de retrocesso.

8.9) DA SUPRESSÃO DAS HIPÓTESES DE DESVIO DE FINALIDADE E NEGLIGÊNCIA NA ATUAÇÃO ESTATAL E TAXATIVIDADE DO TOL DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO – ART.11, CAPUT E REVOGAÇÃO DOS INCISOS I E II, DA LEI Nº 8.429/1992

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;

A Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, estabeleceu que a Administração Pública Direta ou Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Observa-se, portanto, absoluta preocupação do legislador constituinte, ao explicitar um conjunto de princípios delimitadores da Administração Pública, que servem, a um só tempo, como verdadeiras barreiras de limitação e contenção da atividade legislativa infraconstitucional.

Nesse cenário, também se delineou constitucionalmente o ato de improbidade administrativa, ao se cominar, de forma expressa, algumas sanções a que estariam submetidos os agentes ímprobos e desonestos, tais como a suspensão de direitos políticos, perda das funções públicas e indisponibilidade de bens, além do necessário dever de ressarcimento ao erário, nos termos do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Percebe-se que, muito embora não seja comum o legislador constituinte indicar as espécies de sanções aplicáveis a determinado ato ilícito, a proeminência dos bens jurídicos resguardados motivaram sua predefinição.

Assim, constata-se que a importância de uma administração pública proba e honesta, que vinculasse todos os poderes da República ao cumprimento dos princípios expressamente preceituados no artigo 37, *caput*, motivou o próprio constituinte originário a apontar, de forma exemplificativa, mas com alto grau de carga valorativa, as espécies de sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, sendo elas de indisfarçável gravidade: a suspensão de direitos políticos e perda da função pública.

Referido conjunto normativo de regras e princípios taxativamente albergados no texto constitucional não é despido de valor. Encerra inegável significado. Pode-se afirmar que decorre de sua interpretação sistemática a existência de um direito fundamental à probidade administrativa, verdadeiro direito público subjetivo conferido ao cidadão de ter uma administração pública proba e honesta, constituindo-se em um núcleo duro e inquebrantável de direitos e garantias que se interpenetram e conferem ao legislador fundamental critério de orientação e contenção.

Esse plexo de normas coerentes e sistematizadas advindas da Constituição Federal, consubstanciam verdadeiras balizas materiais que limitam o poder constituinte derivado e, ao mesmo tempo, estabelecem claros e precisos comandos de atuação dos órgãos jurisdicionais, no exercício do controle concentrado ou difuso da constitucionalidade, destinado a cumprir a força normativa da Constituição Federal:

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade do poder, mas também a vontade de Constituição¹⁵.

Atento aos comandos constitucionais, o legislador ordinário criou a Lei n.º 8.429/92, denominada Lei Improbidade Administrativa, que vigeu por quase 30 anos.

Com o advento da Lei n.º 14.230/2021, é inegável que houve um afrouxamento no regime de combate à endêmica e crescente corrupção pública no País, com retrocessos e inconstitucionalidades suscitadas tanto por administrativistas como por constitucionalistas.

¹⁵ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

O foco deste estudo, todavia, limita-se a analisar, ainda que perfunctoriamente, as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/21 especificamente quanto ao artigo 11, caput e a supressão dos incisos I e II da antiga Lei n.º 8.429/92, que continha um *standard* comportamental em que se delineava, de forma aberta, hipóteses de atos de improbidade administrativa que atentassem contra os princípios da Administração Pública, seguido de algumas hipóteses exemplificativas constantes nos incisos da disposição legal.

Esse breve e superficial panorama a respeito do tratamento da probidade administrativa na Constituição Federal não foi destituído de propósito. Em verdade, almeja-se demonstrar que, em decorrência do tratamento da probidade administrativa na Constituição Federal, há limites materiais impostos ao legislador ordinário de atuar em sua função primária legiferante, sobretudo porque o conjunto de valores resguardados pela Constituição Federal conferiu ao cidadão um direito público subjetivo a uma administração pública proba e honesta, destinada instrumentalmente à consecução das prestações públicas fundamentais garantidas e resguardadas no texto constitucional (“e.g.” saúde, moradia, educação, lazer)¹⁶.

Nesse viés, é inegável que a alteração do art. 11, caput, da Lei n.º 8429/92, por meio da Lei n.º 14.230/2021, feriu princípios explícitos e implícitos resguardados pela Constituição Federal e que serão, a seguir, delineados nesta ação. São eles: **princípio da segurança jurídica, princípio da proibição de retrocesso e princípio da proporcionalidade e proibição de proteção deficiente.**

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A **segurança jurídica** materializa-se em uma das pilstras sobre as quais se assenta o Estado Democrático de Direito. Se a preservação de bens e direitos está genericamente delimitada no texto constitucional, é fato que o poder-dever de exigir o cumprimento de seus comandos estende-se a todos os “poderes” constituídos, de forma geral e indistinta. Está assegurado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

16 PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada. Leme-SP: Mizuno, 2022, p. 32.

Assim, o Estado Democrático de Direito assenta-se no princípio da legalidade e tem como princípio implícito e dela decorrente, a segurança jurídica. É exatamente por isso que Tercio Sampaio Ferraz Jr enfatiza que:

É um lugar comum de nossa /cultura ocidental a percepção de que a segurança jurídica não se confunde com a situação fática (um lugar seguro, um sentir-se seguro), mas é antes um complexo normativo de exigências: a exigência de durabilidade das normas, da anterioridade das leis, e de sua irretroatividade, na igualdade da lei e perante a lei, em suma, de instituições estatais dotadas de competência delimitada, sujeita ao princípio da legalidade¹⁷.

Nesse viés doutrinário, a segurança jurídica é permeada por um complexo normativo de exigências, que exigem leis duradouras, irretroativas e, em última análise, leis que garantam a igualdade da lei e perante a lei¹⁸.

Portanto, não se reputa segura normativamente a pretensão de revogação de um *standard* comportamental doloso de agentes públicos que, no exercício de suas funções, violaram os princípios regentes da administração pública, entre os quais a moralidade, legalidade, eficiência e publicidade, revogação esta sucedida pela novel legislação por hipóteses taxativas e que não abarcam um grande número de ações ou omissões de agentes públicos capazes de macular os princípios da Administração Pública, conforme exige o artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Claro que o artigo 11, da Lei revogada, sempre foi um tipo de injusto subsidiário, em que condutas que não se amoldavam no artigo 9º (atos de improbidade que geram enriquecimento ilícito) ou artigo 10 (atos de improbidade

17 JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. O direito, entre o futuro e o passado. São Paulo: Ed. Noeses, 2014, p. 115.

18 Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, invoca alguns fundamentos que compõem a figura da segurança jurídica, como a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade. Para o autor, que trata do tema em obra específica, a segurança jurídica pode ser analisada como um fato, como valor e como princípio. Como fato, corresponderia à realidade passível de constatação; como valor, o estado ideal do ordenamento jurídico; como norma-princípio, dotada de generalidade muito superior à da regra, sendo exercida como verdadeiro mandado de otimização, nos termos utilizados por Alexy. Assim, a segurança jurídica, pela tríplice dimensão que lhe é conferida, deve estar presente em todo e qualquer ato estatal e nas relações jurídicas entre particulares e entre estes e o Estado, para que o Direito, em sua integralidade, reflita tal sensação de segurança e rechace qualquer forma de instabilidade que possa prejudicar o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

que causam lesão ao erário), ambos da Lei n.º 8429/92, pudessem ser subsumidos ao “soldado de reserva” de que travava o artigo 11.

Contudo, a alteração legislativa hostilizada propiciará indiscutível insegurança jurídica, já que, no mais das vezes, a conduta do agente público que, no exercício da função pública, vier a praticar delitos funcionais, tais como tortura, abuso de autoridade, ou solicitação ou exigências de vantagens indevidas (corrupção passiva, concussão, etc), sem a percepção da vantagem solicitada, não praticará ato de improbidade administrativa, pois, conforme já frisado, a nova redação do artigo 11, da Lei n.º 14.230/21, limita-se a descrever hipóteses excepcionais e taxativas.

Portanto, a prevalecer a referida alteração normativa, a conduta do agente público poderá configurar ilícito penal (nas situações exemplificadas), mas não adequará a nenhum tipo de injusto ímprobo, por falta de um tipo ímprobo subsidiário. Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico, a exemplo do que ocorria quando até então se permitia o uso de instrumentos de consensualidade em matéria criminal, mas se se refutava a aplicação de semelhante técnica no direito administrativo sancionador¹⁹.

Esse vácuo legislativo é inadmissível, dado a proeminência do bem jurídico resguardado e do comando constitucional que enfatiza, de forma expressa, que a sanção penal será imposta sem prejuízo da sanção decorrente do ato de improbidade administrativa (artigo 37, parágrafo 4º). Essa disposição constitucional consubstancia verdadeiro mandado de tipificação, que vincula a atuação do legislador infraconstitucional.

Há verdadeiro dever de tipificação descumprido pelo legislador ordinário, sendo absolutamente desarrazoado que uma conduta funcional seja crime mas não seja, ao mesmo tempo, ato de improbidade administrativa. O reverso é plenamente possível e factível, dado o caráter subsidiário e de intervenção mínima que permeia a seara penal.

¹⁹ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei n.º 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.º 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Embora se confira ao legislador infraconstitucional ampla liberdade para criar os comandos normativos que julgar conveniente e adequado, é certo que esta liberdade não é ilimitada, muito menos arbitrária. No Estado de Direito constitucional, a supremacia da Constituição Federal, assim como os direitos nela embasados e conquistados, constituem verdadeiras limitações materiais ao exercício da atividade legislativa.

Conforme lecionam Vladimir Brega Filho e Taís Caroline Pinto:

[...] diversos documentos normativos preveem expressamente a impossibilidade do retrocesso na garantia e salvaguarda dos direitos fundamentais, também chamada de cláusula de proibição do retrocesso, podendo-se destacar o pacto internacional sobre Direitos Civil e Políticos (art. 5º, §§ 1º e 2º) e o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais²⁰.

Portanto, o Pacto de São José da Costa Rica, aderido pelo Brasil em 1992, alberga de forma expressa em seu artigo 29 o princípio da proibição de retrocesso, ao inadmitir a supressão ou limitação dos direitos e liberdades nele reconhecidos.

No dizer de Luís Roberto Barroso, tal princípio decorre do sistema jurídico-constitucional brasileiro, por cuja acepção se compreende “que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio público da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido²¹”.

Adverte Eduardo Cambi que a cláusula de proibição do retrocesso social:

20 FILHO, Vladimir Brega; PINTO, Taís Caroline. O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4>. Acesso em: 08 dez. 2021.

21 FILHO, Vladimir Brega; PINTO, Taís Caroline. O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4>. Acesso em: 08 dez. 2021.

Está ligada à proteção dos direitos fundamentais e econômicos, sociais e culturais. Serve para limitar a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio do legislador, a fim que se evite a destruição do mínimo de garantias necessárias à realização desses direitos fundamentais²².

Nesse cenário, não restam dúvidas no sentido de que o legislador infraconstitucional de 1992, ao editar a Lei n.º 8.429/92, tratou e tutelou a moralidade administrativa e o regime de responsabilidade na gestão pública de forma adequada e segundo os comandos normativos exigidos pela Constituição Federal.

Para cumprir tal mister, criou tipos de injustos ímprobos específicos, que tratavam de enriquecimento ilícito e dano ao erário, com hipóteses exemplificativas, mas descrevendo as características fundamentais dos comportamentos proibidos no caput das respectivas disposições.

De forma subsidiária e consentânea com a natureza da matéria, a antiga Lei n.º 8.429/92 criou um tipo de injusto decorrente de comportamentos que pudessem violar os princípios fundamentais da administração pública.

Esse tipo de injusto, destinado a coibir comportamentos que maculassem os princípios da administração pública estava inserido na lei revogada por intermédio do artigo 11, em que não se descrevia, propositadamente, de forma taxativa, mas apenas exemplificativa (face as inúmeras e imprevisíveis hipóteses da vida real), todos os casos de comportamentos que pudessem subsumir e macular os princípios da administração pública nele previstos.

É indubitoso que a técnica de descrição do artigo 11, da lei revogada, tratava-se de uma adequada e legítima conformação do tipo de injusto, dotado de uma característica normativa aberta absolutamente compatível com a natureza da matéria normatizada. A questão não se atém à mera técnica legislativa, mas atende a própria imprevisibilidade que permeia a ação do legislador de regulamentar a

22 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 228.

matéria, dado os infindáveis números de comportamentos passíveis de violar os princípios regentes da Administração Pública.

Assim, é juridicamente impossível exigir do legislador a descrição de todas as possíveis condutas funcionais que pudessem violar os *standards* da moralidade, impessoalidade, eficiência e lealdade à instituição, o que se exigiu a outorga ao magistrado, no caso concreto, o poder-dever de verificar se a hipótese fática submetida à sua apreciação se adequava ao tipo de injusto genericamente descrito na lei.

Frise-se, uma vez mais, não é razoável exigir que se descrevam taxativamente todas as ações ou omissões dolosas de agentes públicos que possam violar os princípios fundamentais da administração pública, sem que estas descrições não sejam gerais, seguidas de hipóteses exemplificativas. A título de raciocínio paralelo, seria o mesmo que exigir que o legislador penal infraconstitucional descrevesse todas as ações ou omissões perigosas que possam, no mundo fenomênico, causar resultados perigosos (crime culposos). A natureza da matéria exige a conformação do injusto típico correspondente.

De igual sorte, na interpretação analógica também advinda do direito penal, em que se apontam hipóteses exemplificativas seguidas de cláusulas gerais (“v.g.” meio insidioso ou cruel, ou que cause sofrimento à vítima).

Com isso, corre-se o risco de uma inúmera gama de situações, ontologicamente, configurarem ato de improbidade administrativa, mas quedarem privadas da respectiva (e devida) tutela jurídica, por carência de tipicidade.

A alteração do artigo 11, da antiga Lei de Improbidade Administrativa pela novel legislação macula o princípio da vedação ao retrocesso, ao revogar o comando normativo que exigia a compatibilidade das ações funcionais de agentes públicos frente aos princípios norteadores da administração pública.

Com a nova alteração legislativa (redação do artigo 11, dada pela Lei n.º 14.230/21), há alguns comportamentos taxativamente previstos com violadores dos princípios da imparcialidade, legalidade e moralidade,

comportamentos estes que estão muito longe de proteger adequadamente o bem jurídico resguardado pela Constituição Federal.

Não restam dúvidas no sentido de que o novo diploma revogou a letra e o princípio fundamental de um tipo subsidiário, que até então protegia de forma significativa o bem jurídico da moralidade e probidade na administração pública, à luz da Constituição Federal.

Note-se que o compromisso assumido pelo Brasil no combate aos atos ímprobos e de corrupção pública não advém, em caráter exclusivo, da Constituição Federal.

Há, sem qualquer dúvida, um movimento sistematizado e organizado de combate aos atos de corrupção e de improbidade administrativa, em todas as modernas legislações do mundo. A Convenção de Mérida²³, sem dúvida, é um desses instrumentos internacionais.

Ela integra o bloco de constitucionalidade da Constituição Federal de 1988, voltada à proteção da moralidade e probidade da Gestão Pública, que se estrutura não apenas nos expressos dispositivos previstos na Constituição Federal, mas também por outras normas implicitamente presentes no texto constitucional que dialogam entre si como vasos comunicantes (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

Referida Convenção objetiva (artigo 1º):

Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

23 BRASIL. Decreto Presidencial nº 5.867, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

Em seu artigo 5º, cada Estado signatário compromete-se a promover medidas de prevenção e combate à corrupção, assim como reavaliar periodicamente políticas públicas e medidas administrativas destinadas ao controle e prevenção da corrupção.

Na disposição do artigo 29, cada Estado comprometeu-se a estabelecer, de acordo com sua legislação interna, um prazo de prescrição amplo para iniciar processos por quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a Convenção e estabelecerá um prazo maior ou interromperá a prescrição quando o presumido delinquente tenha evadido da administração da justiça.

Em suas disposições finais, no artigo 65, o Brasil, na condição de um dos signatários da convenção, comprometeu-se a adotar medidas necessárias, administrativas e legislativas, para garantir o cumprimento das obrigações em consonância com a aludida convenção.

Ao se analisar as alterações promovidas pela Lei n.º 14.320/2021, não é preciso maior esforço interpretativo para se observar que colidem frontal e categoricamente com o compromisso assumido pelo Brasil, na Convenção de Mérida, que deveria pautar as ações administrativas e legislativas em sentido oposto, ou seja, na promoção, endurecimento e recrudescimento do combate à corrupção pública.

O que se percebe, em verdade, é que ao revogar o *standard* comportamental do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa - que se tratava de importante tipo de injusto de caráter subsidiário indispensável a coibir ações ou omissões dolosas no exercício das atividades funcionais, que contrastassem e colidissem com as condutas exigíveis de um agente público probo e que atua de forma impessoal, moral e leal à instituição para a qual exerce função - o Brasil retrocedeu, e muito, no combate a sistêmicos comportamentos ímprobos.

Não há dúvidas de que os comandos normativos da nova Lei n.º 14.230/2021 geram insegurança jurídica, assim como consubstanciam inegáveis retrocessos à legislação até então vigente de combate à corrupção pública, consoante mandamentos constitucionais e compromissos assumidos pelo Brasil na comunidade jurídica internacional.

Contudo, a força normativa da Constituição, assim como os princípios da segurança jurídica e vedação ao retrocesso não podem se transformar em mera proposição simbólica, sendo imperioso que os órgãos jurisdicionais exerçam os controles, concentrado e difuso, da incompatibilidade de várias disposições contidas na Lei n.º 14.230/21 com a Constituição Federal.

Em igual medida, as disposições contidas na Lei nova frente ao conteúdo normativo existente na revogada legislação (n.º 8429/92) repercutem, como será demonstrado na próxima seção, na proteção deficiente e desproporcional ao bem jurídico constitucionalmente resguardado, correspondente ao direito público fundamental social que se confere ao cidadão a uma gestão pública proba e honesta.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Conforme anteriormente enfatizado, embora o legislativo tenha plena liberdade de conformação do direito infraconstitucional aos comandos normativos direta ou indiretamente previstos na Constituição Federal, é fato que o papel do Estado sofreu profundas alterações após o advento do Estado social, ao se exigir uma postura proativa na promoção dos direitos e objetivos comunitários.

Assim, a ofensa à ordem jurídica e à Constituição não se milita à prática de excessos ou à indevida e ilícita interferência nas relações sociais, mas também quando há uma atuação em face dos direitos fundamentais.

Fala-se, portanto, da concepção do princípio da proporcionalidade como dimensão da proteção deficiente, ao se reconhecer “um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, - mesmo os de matriz liberal -, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Esse dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela²⁴”.

Daniel Sarmiento aponta os critérios fundamentais para a operacionalização do princípio da proporcionalidade por proteção deficiente, a

24 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 482.

serem utilizados nas hipóteses em que o Estado se abstém, total ou parcialmente, de proteger um direito fundamental ou objetivos de envergadura constitucionais.

Para o teste de verificação, prossegue o autor, deve-se indagar:

Se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); se não existia outro meio menos prejudicial à aquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo Constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)²⁵.

Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, leciona que:

*“A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins” e que “Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao **princípio da proibição da proteção insuficiente**. (...) se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção” (Destacado)*

Nessa mesma alheta, ao tratar sobre o tema, o Ministro Luiz Fux, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, pontuou que:

²⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

*O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na **proibição de proteção deficiente**; in casu, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. (7STF. RE 966177 RG-QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.) (grifei)*

Assim, delimitados os pressupostos de investigação da compatibilidade ou não de um diploma normativo ao princípio da proporcionalidade, fácil será reconhecer que as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021, na revogada Lei de Improbidade Administrativa, caracterizou-se de uma inegável proteção insuficiente do bem jurídico moralidade e probidade administrativa.

Nessa perspectiva, percebe-se, sem maiores esforços, que as alterações promovidas pelo hostilizado diploma normativo não contribuíram para a promoção de qualquer interesse legítimo. Claro que há que se compreender como interesse legítimo aquele perseguido pelo direito fundamental de matiz social, que na espécie é a tutela do bem jurídico da moralidade administrativa e da probidade da gestão pública.

Portanto, o que se analisa é se as alterações da Lei n.º 14.230/2021 foram adequadas e se contribuíram para a maior proteção desses valores de *status* constitucional.

Em seguida, há que se analisar se existiam outros meios menos gravosos, para proteção desses bens jurídicos de status constitucional. Neste segundo aspecto, sua violação não é menos evidente, já que malfadada alteração normativa minimizou e reduziu sobremaneira o espectro de proteção da norma, na forma existente na legislação revogada (Lei n.º 8.429/92).

Por último, há que perscrutar se as alterações legislativas favoreceram ou compensaram o bem jurídico protegido. Esta resposta, por igual, é negativa, exatamente porque as modificações foram extremamente nocivas e

podem dar ensejo a uma variada gama de atos de corrupção pública que foram (e ainda são) energicamente repelidos pela Constituição Federal.

Utilizando referidos critérios de proporcionalidade, conclui-se que a revogação do artigo 11, caput e dos incisos I e II, da Lei n.º 8429/92, por meio da redação conferida pela Lei n.º 14.230/2021, implicará indisfarçável proteção deficiente do bem jurídico “probidade e moralidade pública”, em absoluto descompasso com a Constituição Federal.

Não é crível que o legislador especifique, de forma taxativa, apenas alguns comportamentos como violadores dos princípios regentes da administração pública e deixe de fora de seu espectro legal infindáveis outras condutas, que, tanto quanto aquelas expressamente contempladas na lei, podem macular bens jurídicos passíveis de proteção.

Enfatiza-se que o Supremo Tribunal Federal já adotou, em várias oportunidades, o princípio da proporcionalidade por proteção deficiente, em ordem a legitimar a sua incidência como forma de contenção e limitação do arbítrio legislativo²⁶.

Merece destaque a indicação de um desses precedentes advindos do Supremo Tribunal Federal, em que se adotou a proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, já que se

[...] discutia eventual extinção da punibilidade em crime de estupro praticado contra menor impúbere, que posteriormente passara a conviver maritalmente com o autor do ilícito. Foi rejeitada no caso a aplicação a aplicação analógica do dispositivo penal que prevê a extinção da punibilidade nos crimes sexuais pelo casamento do criminoso com a sua vítima. No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, aludiu-se a ideia de garantismo positivo, que obrigaria ao Estado a não se abster de punir condutas altamente reprováveis, que atentassem gravemente contra bens jurídicos relevantes, como aquela ocorrida no caso. De acordo com o voto, se o

26 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

garantismo negativo pode ser associado à proporcionalidade na sua faceta mais tradicional, de vedação do excesso, o garantismo positivo poderia ser conectado à proporcionalidade como proibição de proteção deficiente²⁷.

Observe-se que a hipótese é bastante paradigmática e importante ao estudo proposto, notadamente porque o Supremo Tribunal Federal, esteado no princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente, negou aplicação da analogia *in bonam partem* como causa extintiva da punibilidade do casamento da vítima com o autor do estupro. Para salvaguardar um bem jurídico de proeminência fundamental – liberdade sexual – restringiu-se a aplicação de um consagrado princípio de direito penal, ainda que para beneficiar o réu (autor do delito estupro).

Na mesma linha argumentativa, há de se referir também, em reforço ao já dito, que a exclusão das graves condutas de “*praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência*” e “*retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*”, antes existentes e que tinham maior amplitude de enquadramento, se afasta da ideia de fortalecimento e aperfeiçoamento do combate à corrupção, conforme manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, *in litteris*:

O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).

(...)

Essa inovação constitucional de 1988, em permitir tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos

27 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

*em geral (tenham natureza penal ou político-administrativa) e os atos de improbidade administrativa, decorreu da **necessidade de se punir mais severamente a ilegalidade qualificada**, ou seja, a Constituição comandou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.*

*Imaginemos os casos (meramente exemplificativos) de tortura policial, perseguição política em ano eleitoral, peculato culposo, prevaricação, condescendência criminosa, concessão fraudulenta de licenciamento ambiental e outros ilícitos **que deixaram de configurar atos de improbidade administrativa com a revogação dos incisos I e II do artigo 11, da Lei n°8.429/92, mas que continuam a configurar crimes específicos e graves.***

Seria justo que os autores de atos com tal gravidade recebessem o beneplácito do arquivamento, mesmo seus comportamentos possuindo correlação criminal e administrativa, ou, na pior das hipóteses, ostentando o autor condenação criminal pelo fato correlato?

Parece-me que não!

É preciso ter-se em conta que a tutela efetiva da probidade administrativa é decorrência lógica da ordem jurídico-constitucional de toda e qualquer República, já existindo manifestações doutrinárias[5] e jurisprudenciais do direito difuso à probidade administrativa (tutelado como cláusula pétrea[6]), de modo que estamos diante de uma suposta colisão de direitos fundamentais, não havendo razão para a solução a priori favorável aos condenados, processados e investigados por atos ímprobos, em detrimento dos interesses

sociais subjacentes à punição dos infratores legais, que podem, inclusive, ostentar condenações criminais pelos mesmos fatos.

Como explicar a juridicidade, por exemplo, de alguém ser (ou poder ser) condenado na Justiça Criminal por um fato e, ao mesmo tempo, ter sua ação/investigação de improbidade administrativa correlata extinta exatamente pela aplicação irrestrita da “retroação mais benéfica da lei penal”. Seria uma contradição literal!

É importante lembrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao analisar o pretense efeito retroativo do Novo Código Florestal diante dos “benefícios” advindos com tal legislação, seguiu caminho hermenêutico similar, limitando os efeitos favoráveis. (...) (Destacado)

Outro ponto a destacar, é que se a alteração aqui questionada não for suspensa e debelada, incidirá sobre as inúmeras ações que já estão em curso, ajuizadas regularmente sob a égide do ordenamento em vigor e que, então, podem em tese vir a ser extintas por perda de objeto (atipicidade), importando em verdadeira anistia àqueles agentes públicos que dolosamente agiram (ou deixaram de agir) com nítida má-fé e afronta aos relevantes princípios reitores da administração pública.

Cabível, pois, a adoção do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente, para se admitir como inconstitucional a alteração promovida no artigo 11, *caput*, e da revogação de seus incisos I e II, da Lei n.º 8.429/92, por intermédio da nova redação dada pela Lei n.º 14.320/2021, resguardando-se, assim, a proibidade administrativa amalgamada no Estado Democrático de Direito delineado pelo constituinte de 1988.

8.10) DA SUPRESSÃO DE QUANTITATIVO MÍNIMO, ALCANCE E IMPOSIÇÃO DE LIMITES MÁXIMOS DAS SANÇÕES – ART.12, INCISOS I, II E III, §§ 4º e 9º E ART.18-A, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 8.429/1992

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

§ 4º Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo.

§ 9º As sanções previstas neste artigo somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

§ 10. Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Art. 18-A. A requerimento do réu, na fase de cumprimento da sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes, observado o seguinte:

Parágrafo único. As sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratar ou de receber incentivos fiscais ou creditícios do poder público observarão o limite máximo de 20 (vinte) anos.

O inciso I do artigo 12, passou a contar com o prazo *máximo* de suspensão de direitos políticos de 14 (quatorze) anos, embora tenha havido a *supressão do prazo mínimo*, cujo patamar anteriormente era de 08 (oito) anos.

A alteração questionada pode levar a situações injustas, pois permite que nos casos que envolvam enriquecimento ilícito, o prazo mínimo da suspensão de direitos políticos seja fixado em patamar inferior a 1 (um) ano ou até mesmo em patamar ínfimo, de meses ou até mesmo dias.

Esse mesmo quadro, ocorre em relação à sanção de proibição de contratar, pois a redação original fixava prazo certo, qual seja, 10 (dez) anos, e a nova redação estabelece que a sanção poderá ser aplicada pelo *prazo não superior* a 14 (quatorze) anos, ensejando que a reprimenda seja de dias ou meses.

Quanto à redação dada ao **inciso II**, fica evidenciado que a mesma sistemática foi adotada com relação à fixação das sanções dos atos que envolvem prejuízo ao erário, passando a não ter prazo mínimo fixado em lei para as penas de suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar.

Por sua vez, o **inciso III**, em sua nova redação diminui o valor da multa civil que pode ser fixada pela prática de atos de improbidade que violam princípios da administração. Enquanto a redação original previa sua fixação em até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público, a nova redação a estabelece em até 24 (vinte e quatro) vezes, admitindo aumento até o dobro (48 vezes) nas hipóteses descritas no § 2º do artigo 12, com repetência da supressão do prazo mínimo da proibição de contratar.

Da mesma maneira, o novo § 4º estabelece como regra que a proibição de contratar com o Poder Público deve se restringir ao ente público lesado, permitindo que o agente ou a empresa possam continuar contratando com os demais entes da Federação.

Ambas as disposições contrariam a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pois torna o que hoje é regra em exceção, diminuindo o caráter pedagógico das sanções e permitindo que agentes públicos que mudaram de postos continuem na Administração, além de admitir que entes públicos contratem com empresas que foram reconhecidamente condenadas em período anterior recente por atos ilícitos contra o patrimônio público, como se fosse possível fatiar a ética e a idoneidade.

As normas em questão destinam-se a autores, coautores, partícipes e beneficiários que praticaram, concorreram e participaram para a prática de atos ímprobos ou dele se aproveitaram, não se afigurando razoáveis as limitações impostas.

Portanto, a limitação da aplicação da sanção de proibição de contratar com o poder público apenas em relação à pessoa jurídica lesada pelo ato de improbidade administrativa viola o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de proteção insuficiente, porquanto torna a aplicação da referida sanção totalmente insuficiente ao fim a que se destina, qual seja a proteção do direito fundamental à boa administração contra a atuação ilícita de pessoas físicas ou jurídicas ímprobas, quando a aplicação dessa sanção se fizer necessária.

De outro lado, o § 9º condiciona a execução de todas as sanções ao trânsito em julgado da sentença condenatória, inclusive aquelas de caráter pecuniário, ou seja, não é mais admitida a execução provisória das penas de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente, pagamento de multa, proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditício, hipóteses que, até a alteração legislativa, eram admitidas em nosso sistema.

Tal conclusão decorre da constatação de que aludida providência contida no artigo 20 da Lei nº 8.429/1992, com redação sem alteração, estabelece que apenas as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos só podem ser efetivadas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, estando as demais, por serem equivalentes a verdadeiras obrigações de pagar quantia certa e fazer/não fazer, sujeitas as regras do Código de Processo Civil.

No julgamento do MS nº 16.418/DF, de sua relatoria, o Ministro Herman Benjamin, assim se decidiu:

“A interpretação sistemática do art. 20 da LIA indica tão somente ser vedada a execução provisória de parcela das sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma. Não se estabeleceu aí uma derrogação de todo e qualquer dispositivo presente em outra esfera que estabeleça a condenação de mesmo efeito; tampouco se quis criar lei mais benéfica ao acusado, por meio de diploma que ostensivamente buscava reprimir condutas reprováveis e outorgar eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º – afinal, é inconcebível que uma lei redigida para coibir com maior rigor a

improbidade administrativa no nosso País tenha terminado por enfraquecer sua perquirição”.

Dessa forma, a vedação de execução provisória das consequências patrimoniais da improbidade administrativa, prevista no §9º do artigo 12 da Lei 8.429/92, com a nova redação, constitui verdadeira redução da proteção constitucional ao direito fundamental à boa administração, em flagrante violação ao princípio da vedação de retrocesso, além de constituir violação ao princípio da proporcionalidade, na vertente da proteção insuficiente.

Por derradeiro, o **parágrafo único do artigo 18-A** limita as sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratar ou receber incentivos fiscais e creditícios ao limite máxima de 20 (vinte) anos, ensejando também, flagrante violação ao princípio da vedação de retrocesso, além de constituir violação ao princípio da proporcionalidade, na vertente da proteção insuficiente.

Ante o aludido, seja declarada a inconstitucionalidade do art. 12, incisos I, II e III e §§ 4º e 9º, art.18-A, paragrafo único, da Lei 8.429/92, com as modificações da Lei 14.230/2021, por incontestada violação ao art. 37, § 4º, art. 5º, inciso XXXV, LVI ambos da CF/88, bem como ao princípio da proporcionalidade, inclusive na vertente da vedação à proteção deficiente, da vedação de retrocesso, ou, afastada a inconstitucionalidade da primeira parte do dispositivo, a declaração de inconstitucionalidade parcial, com redução de texto da expressão “*na hipótese do inciso I do caput deste artigo*”, para assim permitir a extensão da sanção de perda de função e seus efeitos.

8.11) DA ALTERAÇÃO DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL – IURA NOVIT CURIA – QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS – ART.17, §§ 10-C, 10-D E 10-F, INCISO I DA LEI Nº 8.429/1992

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

§ 10-C. Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.

§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.

§ 10-F. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que:

I - condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial;

Os dispositivos questionados, deixam de observar o direito processual civil no que se refere a máxima *iura novit curia*, da qual decorre que às partes cabe a descrição e delimitação dos fatos, ao passo que ao juiz compete a subsunção destes fatos à norma jurídica, a despeito de diversa indicação prévia realizada pelos demandantes, situação sintetizada no brocardo *da mihi factum dabo tibi ius* (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume VII (arts. 318-368)*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. p. 62).

Subsumir os fatos à norma, está inserida nos poderes-deveres do juiz, eis que não há margem de discricionariedade, ou seja, o exercício do *iura novit curia* configura sempre um dever que decorre da necessidade das decisões judiciais estarem em sintonia com o direito estatal vigente. Conforme a doutrina destaca, aceitar “que o *iura novit curia* seja uma faculdade implicaria aceitar que juízes podem deliberadamente proferir decisões antijurídicas porque voluntariamente deixaram de dar o correto enquadramento jurídico à situação fática que lhes foi apresentada pelas partes” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. Coordenado por Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 322).

De forma descompassada e indevida, a alteração promovida pela Lei n. 14.230/2021 impôs situação inusitada à luz da teoria geral do processo, na medida em que no processo punitivo penal, *marcado por se tratar da 'última ratio'* e que lida com situações autorizadoras da imposição de sanções corporais, é expressamente admitida a atribuição de definição jurídica diversa aos fatos pelo magistrado (artigo 383 do CPP).

Por outro lado, anote-se que a vedação ao exercício do poder-dever de requalificação jurídica dos fatos pelo magistrado é previsão que estimulará a repetição de demandas com idêntica causa de pedir remota, uma vez que o Ministério Público se verá obrigado a ajuizar outra e subsequente ação na qual deduza os mesmos fatos, mas com qualificação jurídica diversa (causa de pedir próxima).

O dispositivo em análise, como se percebe, destoa das diretrizes de economia processual e de primazia do julgamento do mérito, estimulando a repetição de demandas acerca do mesmo fato. Até mesmo pelo prisma do requerido a alteração legislativa não se mostra razoável e coloca em risco a ampla defesa, uma vez que a requalificação jurídica dos fatos pelo magistrado não implicará, automaticamente, a procedência do pedido.

Em outras palavras, o magistrado poderá entender que os fatos descritos na inicial como subsumidos no artigo 9º, configurariam, na realidade, conduta hipoteticamente concebida nos artigos 10 ou 11 e, mesmo assim, julgar improcedente o pedido, evitando que o réu venha a ser futuramente demandado em razão dos mesmos fatos, mas com roupagem jurídica distinta.

Percebe-se, assim, que a alteração promovida nos §§ 10-C, 10-D e 10-F, inciso I, do artigo 17 da Lei n. 8.429/1992, viola a independência da atuação jurisdicional na aplicação do direito, não se afina à primazia do julgamento do mérito tomado como a solução definitiva da crise de direito material, não se harmoniza à ideia de economia processual, bem como impõe limitação desproporcional e em descompasso com o devido processo legal.

De outro lado, não se mostra impossível, extrair interpretação conciliatória com os preceitos constitucionais e processuais vigentes, notadamente com o princípio do contraditório. Sobre o tema ensina José Roberto

dos Santos Bedaque que “mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo *iura novit curia* significa a possibilidade de o juiz valer-se de norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes. Justificável, portanto, a preocupação com a efetividade do contraditório inclusive nesta sede”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; e TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42)

Necessário, assim, extrair do dispositivo em comento interpretação conforme a Constituição no sentido de que é admitida a alteração da qualificação jurídica dos fatos pelo magistrado, desde que observado o prévio contraditório, na forma do artigo 10 do CPC, a fim de se evitar a prolação de decisão-surpresa.

9. DA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUESTIONADOS

É da própria Constituição da República que decorre a possibilidade de concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (Art. 102, I, *p*, CRFB). Por sua vez, a Lei nº 9.868/1999 a prevê (Art. 10 e seguintes), possibilitando, ainda, que seja concedida “*sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado*” (Art. 10, § 3º), em caso de excepcional urgência.

Quanto ao requisito do *fumus boni juris*, conforme já explicitado nos tópicos anteriores, a Lei nº 14.230/2021 padece de flagrantes e gravosos vícios de inconstitucionalidade material, diante da violação às normas contidas nos seguintes dispositivos: Art. 1º, *caput* (princípio republicano); Art. 5º, *caput* (princípio da isonomia); Art. 5º, incisos XXXV e XXXVII (princípios da inafastabilidade da jurisdição, juiz natural, livre convencimento motivado), Art. 37, §4º (independência das instâncias), segurança jurídica, razoabilidade e

proporcionalidade, vedação de retrocesso e de proteção deficiente à probidade administrativa.

Portanto, a relevância jurídica da questão manifesta-se pelos fundamentos expostos nas razões acima mencionadas, visto que esta ação direta de inconstitucionalidade tem o objetivo de preservar as disposições constitucionais que dizem respeito à atuação funcional dos membros do Ministério Público, para garantia de sua independência e autonomia, bem como para proteger e respeitar o ordenamento jurídico vigente, garantindo sempre o interesse público.

O *periculum in mora* consiste no fato de que, enquanto não suspensa a eficácia da norma atacada, as investigações em andamento, os processos em tramitação e as ações a serem ajuizadas, poderão ser impactadas severamente a ponto de resultar em abrupta insegurança jurídica, desprestígio do interesse público e inversão da lógica de proteção da probidade administrativa, uma vez que o combate eficaz à corrupção está ameaçado pelos dispositivos aqui impugnados.

Em acréscimo, tem-se que a concessão da medida cautelar ora pleiteada é necessária para se garantir a ulterior eficácia da decisão, na medida em que impede a consolidação definitiva de aplicação de prazos prescricionais a ensejar extinção de milhares de processos em tramitação pelo país nas mais diferentes instâncias judiciárias que possam, ao final, ser declarados inconstitucionais. Em outras palavras, a ausência de suspensão imediata dos efeitos da Lei nº 14.230/2021 e a avolumada pauta do Supremo Tribunal Federal, farão com que o julgamento final ocorra em momento futuro e incerto, consolidando situações que, posteriormente, não mais serão atingidas pela declaração final (ainda que com efeitos *ex tunc*). Frente a tais circunstâncias, evidente é o risco de se perpetuar no tempo violações ao texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já fixou que a decisão concessiva de cautelar em ADI possui efeito vinculante: “*somente as decisões concessivas das liminares em ADIs e ADCs é que se dotam de efeito vinculante*”²⁸, *in litteris*:

²⁸ Rcl 3424 AgR / SP. Relator(a): Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento: 11/10/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008.

*“EMENTA: Reclamação. 2. Garantia da autoridade de decisão cautelar na ADI 1.898, que suspendeu ato normativo do Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal. 3. Ato normativo que, sem autorização legislativa, determinou pagamento aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aos Juízes dos Tribunais Regionais Federais e aos Juizes Federais de 1ª Instância, da diferença mensal resultante de Tabela de Vencimentos considerado o teto de R\$ 10.800,00. Vício de iniciativa e usurpação de competência constitucional do Congresso Nacional. 4. Os efeitos da decisão concessiva de cautelar, no processo de controle abstrato de normas, operam-se nos planos de eficácia e vigência da norma. A concessão de liminar acarreta necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvam aplicação da lei cuja vigência restou suspensa. 5. Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. **Eficácia erga omnes e efeito vinculante das decisões proferidas em processo de controle abstrato.** 6. Aplicação de norma suspensa por órgão ordinário de jurisdição implica afronta à decisão desta Corte. 7. Reclamação julgada procedente”²⁹.*

Trata-se do chamado conteúdo de tríplice eficácia das decisões proferidas nos processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade, sejam elas declaratórias de inconstitucionalidade ou concessivas de medida cautelar: (a) eficácia vinculante, (b) eficácia geral (*erga omnes*) e (c) eficácia ripristinatória (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Ministro Celso de Mello e ADI 4843 MC-ED-Ref/PB, Rel. Ministro Celso de Mello).

Na esteira das razões fáticas e jurídicas apresentadas, com esteio no Art. 102, I, *p*, da Constituição da República, c/c o Art. 10, § 3º da Lei 9.868/1999, estando presentes os requisitos para a concessão da medida liminar, requer-se a suspensão imediata da eficácia do art. 1º, §§1º, 2º e 3º e art.10; art.1º, §8º; art.12, §1º; art.12, §10; art.17-B, §3º; art.21, §4º; art.23, caput e §4º, incisos II a V e §5º; art.23-C, *caput*; art.11, *caput*, incisos I e II; art.12, incisos I, II e III, e §§4º, 9º e 10, e parágrafo único do art.18-A; art.17, §§10-C, 10-D e inciso I do §10-F, da

²⁹ Rcl 935/ DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 28/04/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 17-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02128-01 PP-0020.

Lei federal no 8.429/1992, alterados e acrescentados pelo artigo 2º da Lei federal nº 14.230/2021, e dos artigos 3º, §§ 1º e 2º, e 4º, X, da mesma Lei federal no 14.230/2021, até a apreciação definitiva do mérito desta ADI, na forma do artigo 10, § 3o, da Lei no 9.868/1999.

10. DO PEDIDO FINAL

Por todo o exposto, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP requer, após a concessão do pedido liminar, sejam colhidas as informações do Presidente da República e as manifestações do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União e do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República. Após, seja julgada procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados (art. 1º, §§1º, 2º e 3º e art.10; art.1º, §8º; art.12, §1º; art.12, §10; art.17-B, §3º; art.21, §4º; art.23, caput e §4º, incisos II a V e §5º; art.23-C, *caput*; art.11, *caput*, incisos I e II; art.12, incisos I, II e III, e §§4º, 9º e 10, e parágrafo único do art.18-A; art.17, §§10-C, 10-D e inciso I do §10-F, da Lei federal no 8.429/1992) por estarem em desacordo com o ordenamento constitucional vigente.

Pede deferimento.

Brasília, 05 de setembro de 2022.

Elton Luis Nasser de Mello
OAB/MS 5123