



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX
DD. PRESIDENTE DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA (ANPR), sociedade civil sem fins lucrativos, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 00.392.696/0001-49, sediada no SAF Sul, Quadra 04, Conjunto C, Bloco B, Salas 113/114, Edifício Sede da Procuradoria-Geral da República, Brasília –DF, CEP 70.050-900, no cumprimento de sua finalidade estabelecida no art. 12 do seu Estatuto (**anexo**), velando pelo prestígio, direitos e prerrogativas de seus associados, neste ato representada por seu Presidente, o Procurador Regional da República Ubiratan Cazetta, brasileiro, devidamente inscrito no CPF sob o nº 109.447.388-00, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por intermédio de seus advogados devidamente constituídos (**procuração anexa**), com fundamento nos artigos 102, I, “a” da Constituição Federal, e na Lei no 9.868/1999, propor a presente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar

em face do art. 2º da Lei Federal n. 14.230 de 25 de outubro de 2021, que alterou ou revogou o art. 11, *caput*, incisos I e II, o art. 16, parágrafos 3º e 10, o art. 17-C, parágrafo 2º, o art. 21, parágrafo 4º, o art. 23, parágrafos 2º, 3º, 4º, incisos II, III, IV, V, 5º, 8º, da Lei n. 8.429/92, conforme argumentos a seguir expostos.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

I - CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. O ATO NORMATIVO IMPUGNADO E OS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE.

De acordo com o artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal (CF), podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade as leis e os atos normativos federais.

A presente ação questiona a constitucionalidade de dispositivo da Lei n. 14.230/21, ato normativo federal que alterou substancialmente a Lei n. 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Mais especificamente, as inconstitucionalidades arguidas ao longo desta peça dirigem-se ao art. 2º da Lei n. 14.230/2021, no ponto em que alterou os seguintes artigos da Lei n. 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 - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

(...).

Art. 16 (...).

§ 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

(...).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

§ 10. A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita.

Art. 17-C. (...).

§ 2o Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade.

(...).

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). (Incluído pela Lei no 14.230, de 2021).

Art. 23. (...).

(...).

§ 2o O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 3o Encerrado o prazo previsto no § 2o deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.

§ 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;

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

(...).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.

(...).

As inconstitucionalidades apontadas nesta ação são todas diretas, já que o dispositivo da Lei n. 14.230/21 questionado, ao alterar a LIA, afronta os artigos 37, parágrafo 4º e os artigos 61, p. 1º, inciso II, 127, parágrafo 2º e 128, p. 5º da Constituição Federal.

Cabível, portanto, a utilização do instrumento da ação direta de inconstitucionalidade no caso em tela, motivo pelo qual se requer o seu processamento, nos termos da Lei n. 9.868/1999.

II - LEGITIMIDADE ATIVA DA ANPR E PERTINÊNCIA TEMÁTICA.

A Constituição Federal, em seu artigo 103, inciso IX, confere legitimidade às entidades de classe de âmbito nacional para propor ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais.

A entidade autora desta ação, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), **é uma entidade de classe de âmbito nacional**, sem fins lucrativos (**doc. anexo**), legalmente constituída desde 22 de setembro de 1973, que tem por finalidade, entre outras, "*velar pelo prestígio, direitos e prerrogativas da classe*", e "*defender seus associados, judicial e extrajudicialmente, sempre que desrepeitados em seus direitos e prerrogativas funcionais*", como se extrai dos incisos I e IV, do art. 3º, de seu Estatuto (**doc. anexo**).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

A ANPR preenche, portanto, o critério previsto no artigo 103, inciso IX da CF/88, de modo que possui legitimidade ativa para ajuizar esta ação.

Nesse sentido, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu, em algumas oportunidades, a **legitimidade** da ANPR para ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade de leis federais ¹. É o que se vê, por exemplo, do voto proferido pela então Ministra do STF **Ellen Gracie** quando do julgamento da ADI 3128-7/DF, ajuizada pela ANPR²:

“Reconheço, ainda, a legitimidade ad causam da Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR por representar integrantes de uma carreira cuja identidade é decorrente da própria Constituição (art. 128, I, a), dotada de atribuições que foram elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Este tratamento constitucional específico conferido a certas carreiras do serviço público tem servido, de acordo com a jurisprudência iniciada a partir do julgamento das ADIns 159, rel. Min. Octavio Galotti e n. 809, rel. Min. Marco Aurélio, como critério de aferição da legitimidade de organismos associativos tais como a Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE (ADI 159 e 1557) e Associação Nacional dos Advogados da União (ANAUNI) (ADI 2713).”

Quanto à exigência de que haja congruência “*entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato*” (ADI 1.157, Dju 24.11.94), ou seja, **pertinência temática** que justifique o ajuizamento desta ação pela entidade autora, é certo que ela também se faz presente.

Os novos dispositivos da Lei n. 8.429/92, impugnados ao longo desta peça, implicam em substancial alteração no sistema de responsabilidade jurídica de agentes públicos por atos de improbidade

¹ Mais recentemente, a legitimidade da ANPR para propor ADIns foi reconhecida pelo STF também no julgamento da ADI 4911, ocorrido em 23 de novembro de 2020.

² ADI 3128, Redator do Acórdão. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 18.08.2004.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

administrativa de que trata o art. 37, p. 4o da CF. Eles reduzem a proteção à probidade administrativa até então encerrada pela LIA, ora deixando de tipificar e sancionar condutas lesivas aos princípios da Administração Pública, ora diminuindo o alcance dos instrumentos legais voltados a essa proteção.

Ocorre que, nos termos dos artigos 127, *caput* e 129, inciso III da CF/88, incumbe ao Ministério Público zelar pela probidade administrativa, integrada pela higidez do patrimônio público material e moral. Para tanto, o Ministério Público é um dos entes legitimados a investigar atos de improbidade administrativa e ajuizar correpondente ação, nos termos do art. 17 da Lei n. 8.429/92. Trata-se de atribuição, aliás, que, com o advento da Lei n. 14.230/21, tornou-se exclusiva do Ministério Público, conforme se extrai do art. 17, p. 14 da Lei n. 8.429/92 e do art. 3o da Lei 14.230/21 ³.

Como se vê, a arguição de inconstitucionalidade veiculada nesta ADin dirige-se contra Lei que impactou diretamente algumas das principais competências e matérias de atuação do Ministério Público Federal. No exercício dessa competência constitucional, procuradores da república de todo o país realizam, diariamente, investigações em inquéritos civis públicos e ajuizam ações de improbidade administrativa voltadas a tutelar o patrimônio público material e os princípios da Administração Pública.

Dessa forma, é certo que a decisão a ser proferida nesta ADin alcançará a própria atuação institucional dos integrantes do MPF, cuja defesa, por sua vez, é uma das finalidades da ANPR. Daí decorre a pertinência temática

³ Na data de ajuizamento desta ação, esses dispositivos da Lei n. 14.230/21 encontram-se com sua eficácia suspensa por força de decisão proferida pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, em 17.02.2022, nos autos das ADIns 7042 e 7043, ajuizada contra a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE (ADI 7042) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE (ADI 7043).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

que habilita a entidade autora a arguir as inconstitucionalidades objeto desta ação direta.

Em decisão recente ⁴, o Pleno do STF reconheceu a pertinência temática da ADin n. 4911, ajuizada pela ANPR contra o art. 17-D da Lei n. 9.613/98, que estabelecia que servidores públicos indiciados por autoridade policial por crime de lavagem de capitais seriam afastados de suas funções públicas **automaticamente**.

No voto que proferiu no julgamento da citada ADin, o Ministro do STF **Edson Fachin**, relator da ação, ao tratar das questões preliminares ao mérito, aduziu que *"sendo a ANPR a entidade congregadora dos Procuradores da República de todo o Brasil, presente também de forma inequívoca a pertinência temática exigida para incoar controle de constitucionalidade na hipótese de legislação que trate de crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores, assim como para a definição das competências"*, tendo sido o ilustre Ministro Relator acompanhado, nesse ponto, pelos demais integrantes dessa Suprema Corte.

Trata-se de entendimento em tudo aplicável à presente ação: a ADin n. 4911 voltava-se contra dispositivo legal que afetava matéria própria à atuação funcional dos membros do MPF (persecução penal de crimes de lavagem de capitais), derivando daí o reconhecimento da pertinência temática que legitimou a ANPR a ajuizá-la. O mesmo ocorre em relação à Lei n. 14.230/21, impugnada nestes autos, que também impacta uma das principais atribuições de procuradores da república, no caso, a de investigar atos de improbidade administrativa e ajuizar ações correspondentes.

⁴ DJE 23.11.2020.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Presente, portanto, o requisito da pertinência temática.

III – SÍNTESE DESTA EXORDIAL

III.A) ESTRUTURA E ARGUMENTOS

No primeiro item desta peça **(IV)**, será demonstrado que a Lei 14.230/21, ao incluir o art. 23, parágrafos 2 e 3 na Lei n. 8.429/92 e tratar da organização e funcionamento do Ministério Público Federal e dos Ministérios Públicos estaduais, impondo, inclusive, novos deveres a seus membros, incide em **inconstitucionalidade formal** por usurpar as competências dos chefes do MP estaduais e governadores e do Presidente da República e Procurador Geral da República, subtraindo do domínio conferido à lei complementar a disciplina das atribuições dos membros do Ministério Público, em ofensa aos artigos 61, p. 1º, inciso II, e 128, p. 5º da CF. Esse mesmo dispositivo incorre, ainda, em **inconstitucionalidade material** por ferir a independência e a autonomia funcional garantidas ao *Parquet* pelo art. 127, parágrafo 2º da CF.

No item subsequente **(V)**, serão expostas **as demais inconstitucionalidades materiais** que marcam a Lei n. 14.230/21 e as alterações por ela implementadas na LIA. Todas essas inconstitucionalidades têm como pressuposto a circunstância de que o legislador infra-constitucional, ao editar a Lei n. 14.230/21 e modificar parte da Lei n. 8.429/92, atuou no exercício do poder conformativo que lhe fora deferido pelo art. 37, p. 4a, o qual, embora amplo, é limitado por certas balizas constitucionais. As inconstitucionalidades de cunho material arguídas a partir do item **V** desta peça representam afrontas a essas balizas constitucionais.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Um **primeiro grupo de inconstitucionalidades materiais** consiste em **ofensas diretas ao programa normativo ou texto do art. 37, p.4o da CF (item V.B)**. Este programa não confere ao legislador ordinário discricionariedade para que deixe de tipificar como atos ímprobos, sujeitos a um sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa próprio e autônomo, condutas violadoras da probidade administrativa, tal qual a Lei n. 14.230/21 fez ao alterar a redação do *caput* do art. 11 e revogar os incisos I e II da Lei n. 8.429/92. O programa normativo que se extrai do art. 37, p. 4 da CF também não confere discricionariedade para o legislador ordinário esvaziar a autonomia e amputar parte da utilidade do sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa de que trata o art. 37, p. 4 da CF, tal qual a Lei n. 14.230/21 fez ao alterar ou inserir, na LIA, os art. 16, parágrafos 3o e 10, art. 17-C, parágrafo 2o, art. 21, parágrafo 4, art. 23, parágrafos 2o, 3o, 4o, incisos II, III, IV, V, 5o e 8o.

Um **segundo grupo de inconstitucionalidades materiais** consiste em ofensas ao art. 37, parágrafo 4o da CF, caracterizadas pela **proteção insuficiente** que a Lei n. 14.230/21 proporciona à probidade administrativa **(item V.C)**, através da modificação ou inclusão, na Lei n. 8.429/92, dos mesmos dispositivos acima citados: art. 11, *caput*, incisos I e II, art. 16, parágrafos 3o e 10, art. 17-C, parágrafo 2o, art. 21, parágrafo 4, art. 23, parágrafos 2o, 3o, 4o, incisos II, III, IV, V, 5o, 8o.

III.B) RESUMO DAS CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELA LEI N. 14.230/21 AO ENFRENTAMENTO A TODAS AS FORMAS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DAS MAIS LEVES ÀS MAIS GRAVES.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Conforme se espera demonstrar ao longo desta ação, existe uma **complementariedade** bastante clara entre as espécies de alterações implementadas pela Lei n. 14.230/21 nos diversos componentes do sistema de responsabilidade por ato de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/91. E essa complementariedade caminha no sentido de **enfraquecer** o combate **a todas as formas** de improbidade administrativa, desde as mais leves até as mais graves.

Com efeito, a Lei n. 14.230/21 **reduziu o âmbito da proteção** à probidade administrativa proporcionada pela Lei n. 8.429/92 ao restringir a tipologia dos atos ímprobos por violação aos princípios da administração pública a apenas oito hipóteses fáticas listadas nos incisos do **art. 11.**

As condutas deixadas de fora da tipificação inscrita no art. 11 da LIA podem até não se revestir do mesmo grau de gravidade apresentado pelas condutas que se enquadram nos artigos 9 e 10 da mesma Lei, mas algumas delas certamente revelarão patentes desonestidade, deslealdade institucional ou desprezo com a dignidade da função pública, espelhando os vícios mais tradicionais no cotidiano da gestão pública brasileira, justamente aqueles que, com a normatividade conferida ao princípio da moralidade, o Constituinte de 1988 quis combater.

Assim, **com a Lei n. 14.230/21, ruiu o sustentáculo legal que permitia que esses desvios funcionais “mais leves” fossem sancionados nos termos da LIA.**

Ao mesmo tempo, a Lei n. 14.230/21 também enfraqueceu, embora por vias diversas, a capacidade de o Estado combater atos funcionais



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

que geram enriquecimento ilícito ou dano ao Erário (**artigos 9º e 10 da LIA**), ou seja, as improbidades administrativas comumente consideradas como “mais graves”.

Com efeito, sabe-se que muitas das hipóteses fáticas previstas nos artigos 9º e 10 da LIA podem também perfazer tipos penais, especialmente os previstos nos artigos 312, 313-A, 316, 317, 337-J, 337-E, 337-F, 337-H, 337-K, 337-L, 337-M, parágrafo 1º, todos do Código Penal. Diante desses atos será possível, portanto, a incidência simultânea tanto da esfera de responsabilidade penal quanto da esfera de responsabilidade disciplinada pela Lei n. 8.429/92.

Ocorre que, conforme será demonstrado em item próprio nesta peça, o sistema de responsabilidade de agentes públicos por ato de improbidade administrativa, em virtude de uma conjugação bastante peculiar de novas regras inseridas na Lei n. 8.429/92 pela Lei n. 14.230/21 (art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V, 5º e 8, art. 16, parágrafos 3º e 10, art 17-C, parágrafo 2), tornou-se, em muitos aspectos, **mais garantista para o réu e menos protetivo para os interesses da sociedade do que o próprio sistema penal.**

Essa circunstância, todavia, vai na contramão da relação lógica e de coerência que sempre existiu entre o sistema de responsabilidade de agentes públicos por ato de improbidade administrativa de que trata o art. 37, p. 4º da CF e sistema de responsabilidade de agentes públicos previsto no Direito penal, relação essa baseada em duas premissas: **primeira**, o Direito Penal é o instrumento mais gravoso de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos e, justamente por isso, deve se revestir de **maiores garantias** materiais e processuais quando comparado a qualquer outro



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

sistema de responsabilização; **segunda**, o sistema de responsabilidade de que trata o art. 37, p. 4ª da CF foi criado pela Constituinte de 1988 justamente com a finalidade de possibilitar uma proteção mais ampla, efetiva e ágil à probidade administrativa, afastada dos limites estreitos da dogmática penal.

Assim, enquanto ao redor do mundo se discute **quais** garantias originalmente aplicáveis ao Direito Penal deverão ser aplicadas, também, aos sistemas de Direito Administrativo Sancionador (do qual a LIA, para parte da doutrina, faz parte), o legislador brasileiro foi além e aplicou ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, em relação a alguns temas, mais garantias e óbices processuais do que as previstas no próprio sistema penal. E, para estreitar ainda mais os laços entre os dos sistemas, o legislador ordinário vinculou o destino das ações de improbidade administrativa às ações penais em que, por qualquer razão, o réu seja absolvido (art. 21, p. 4 da LIA). **Onde a Constituição prevê autonomia, conforme letra expressa do art. 37, p. 4 da CF, a Lei n. 14.230/21 prevê submissão.**

Como resultado da importação do discurso dogmático-penal para a seara do sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa promovida pela Lei n. 14.230/21, o combate aos mais graves atos de improbidade administrativa, quando realizado na instância disciplinada pela Lei n. 8.429/92, passou a enfrentar mais óbices e formalidades processuais do que enfrentaria na seara penal.

Assim, percebe-se que, **com a Lei n. 14.230/21, ruiu o modelo legal que, seguindo o que determinado diretamente pela Constituição, tornava o sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa afastado das amarras próprias à seara**



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

penal e, com isso, melhor equipado para apresentar respostas às formas mais graves de improbidade administrativa.

A conjugação das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21 na Lei n. 8.429/92 compromete de modo avassalador a capacidade que esse diploma normativo possui de, em cumprimento ao que ordena o art. 37, p. 4 da CF, prevenir e reprimir atos contrários à probidade administrativa: **por um lado**, elas esvaziam o art. 11 da Lei n. 8.429/92, reduzindo a tipologia da improbidade por ofensa a princípios a 8 hipóteses fáticas exaustivas e de pouca aplicação prática; **por outro**, elas tornam a investigação e persecução dos atos previstos nos artigos 10 e 11 da LIA sujeitas a tantas formalidades e garantias que, a rigor, não raras vezes, será preferível ao Estado valer-se da via penal em detrimento da instância própria à LIA para enfrentar desvios funcionais.

Com essas considerações iniciais, passa-se a descrever as inconstitucionalidades arguidas nesta peça.

IV – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL: O ART. 23, PARÁGRAFOS 2º E 3º DA NOVA LEI N. 8.429/92, OFENDE OS ARTIGOS 61, PARÁGRAFO 1º, INCISO II, E 128, PARÁGRAFO 5º DA CF E A AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DO MP.

A Lei n. 14.230/21 ofende a Constituição no ponto em que inclui na Lei n. 8.429/92 o art. 23, parágrafos 2º e 3º. Confira-se o teor desses novos dispositivos:



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Art. 23. (...).

(...).

§ 2o O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 3o Encerrado o prazo previsto no § 2o deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.

Pelos novos dispositivos legais, o integrante do Ministério Público responsável por conduzir inquéritos civis públicos que tenham por objeto a investigação de atos de improbidade administrativa deverá concluí-lo no prazo de um ano, prorrogável por mais um ano *mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial*. Encerrado esse prazo, o membro do Ministério Público deverá, então, ajuizar a correspondente ação de improbidade administrativa em até 30 dias.

Como se vê, a Lei n. 14.230/21 avança sobre a **organização e funcionamento do Ministério Público Brasileiro** (da União, dos Estados e do Distrito Federal), além de estipular **novos deveres e atribuições** aos seus membros incidentes no âmbito do inquérito civil público. Este último consiste no instrumento de que se vale o MP para realizar a proteção do patrimônio público e social, aí se incluindo a probidade administrativa, sendo esta uma atribuição privativa sua, à luz do art. 129, inciso III da CF/88.

Ocorre que a Lei n. 14.230/21 é lei ordinária de iniciativa da Câmara dos Deputados, enquanto que, pela Constituição, a organização do Ministério Público e a imposição de atribuições e deveres aos seus integrantes somente pode ser feita por intermédio de lei complementar, cuja iniciativa é concorrente entre o chefe do poder Executivo e o chefe do órgão do Ministério Público correspondentes.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Nessa linha, no caso do Ministério Público da União, somente lei complementar federal de iniciativa do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (PGR), e, no caso dos Estados, somente lei complementar estadual de iniciativa do Governador ou do Procurador-Geral de Justiça respectivos, poderão dispor sobre "*a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público*". É o que se extrai da leitura sistemática dos **artigos 61, parág. 1º, inciso II, e 128, parág. 5º da CF.**

Daí que a Lei 12.430/21, ao incluir o art. 23, parágrafos 2º e 3º na Lei n. 8.429/92 e tratar da **organização e funcionamento** do Ministério Público Brasileiro (quando afirma que o despacho de prorrogação de inquérito civil público deverá ser submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial), além de estipular **novos deveres e atribuições** aos seus membros (quando lhes ordena concluir inquérito civil público no prazo de 1 ano, prorrogável, e ajuizar respectiva ação judicial no prazo de 30 dias), incide em **inconstitucionalidade formal** por usurpar as competências dos chefes do MP estaduais e governadores e do Presidente da República e PGR, subtraindo do domínio conferido à lei complementar a disciplina da organização da instituição e atribuições dos membros do Ministério Público, em ofensa direta aos artigos 61, parág. 1º, inciso II, e 128, parág. 5º da CF.

Conseqüentemente, a nova redação dada ao art. 23, parágrafos 2º e 3º na Lei n. 8.429/92 também promove ingerência do Poder Legislativo no Ministério Público em hipóteses não previstas na Constituição, o que representa **inconstitucionalidade material** por ferir a independência e a autonomia funcional garantidas ao *Parquet* pelo art. 127, parágrafo 2º da CF.

Em situações semelhantes à descrita nesta ação, em que leis, de iniciativa de umas das casas do Poder Legislativo, estabeleçam novas



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

atribuições aos integrantes do Ministério Público, o STF reconheceu a sua inconstitucionalidade formal e material, nos mesmos termos aqui defendidos. Confira-se recente acórdão que bem exemplifica o posicionamento da Suprema Corte:

(...).

1. Há novas atribuições ao Ministério Público ao estabelecer-se a obrigação de comunicar o órgão, semestralmente, o andamento processual dos procedimentos administrativos ou judiciais instaurados em decorrência das conclusões das Comissões Parlamentares de Inquérito (parágrafo único do art. 2o da Lei federal n. 10.001/2000), bem como que preste informações em trinta dias a respeito das providências adotadas ou justifique a omissão (caput do art. 2o da Lei federal n. 10.001/2000), sob pena de “sanções administrativas, civis e penais” (art. 4o da Lei federal n. 10.001/2000).

2. É formalmente inconstitucional a norma impugnada, pois usurpada iniciativa reservada pela Constituição da República ao chefe do Poder Executivo para tratar sobre normas gerais à organização do Ministério Público e versada sobre matéria reservada à lei complementar de iniciativa do chefe do Ministério Público estadual. Precedentes.

3. A usurpação da competência de iniciativa legislativa conferida ao chefe do Ministério Público pela Constituição da República ofende a autonomia e a independência desse órgão, asseguradas pelo § 2o do art. 127 e pelo § 5o do art. 128 da Constituição da República.

4. O estabelecimento de hipóteses de prioridade de tramitação processual insere-se entre as atribuições legislativas da União (inc. I do art. 22 da Constituição da República).

5. Não viola a proporcionalidade ou razoabilidade a opção do legislador de priorizar a tramitação de procedimentos administrativos ou judiciais que derivem de apurações das Comissões Parlamentares de Inquérito, considerando o interesse público atingido e a deferência constitucional ao poder fiscalizatório do Congresso Nacional (inc. X do art. 49 da Constituição da República).

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais as expressões “no prazo de trinta dias” e “ou a justificativa pela omissão” postas no caput do art. 2o, no parágrafo único do art. 2o e no art. 4o, todos da Lei federal n. 10.001, de 4 de setembro de 2000.

Trata-se de recente entendimento dessa Suprema Corte perfeitamente aplicável à hipótese dos autos.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Assim, pelas razões antes expostas, constata-se que o art. 23, parágrafos 2º e 3º da Lei n. 8.429/92 ofende, a um só tempo, os artigos 61, parág. 1º, inciso II, e 128, parág. 5º da CF, assim como a autonomia e independência garantidas ao *Parquet* pelo art. 127, parágrafo 2º da Carta Magna.

V – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI N. 14.230/21 POR OFENSA AO ART. 37, PARÁGRAFO 40 DA CF.

V.A) BASES TEÓRICAS QUE PERMITEM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 14.230/21 EM FACE DO ART. 37, PARÁGRAFO 40 DA CF.

Uma das mais festejadas novidades trazidas pela Constituição de 1988 foi o tratamento especial que ela deu à probidade administrativa, fruto dos esforços do país em enfrentar com mais efetividade toda sorte de desonestidades praticadas no âmbito da Administração Pública. A peça fundamental na mudança de paradigma trazida pela CF/88, no que tange ao enfrentamento à improbidade administrativa, foi o **seu art. 37, parágrafo quarto**, segundo o qual "*os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*".

O ponto de partida desta ação situa-se na constatação de que o citado parágrafo 4o do art. 37 da CF/88, constituindo típica norma de eficácia limitada, dirigiu ao legislador infra-constitucional um explícito e literal



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

dever de proteção, ou imperativo de tutela, como prefere **Claus-Wilhelm Canaris**⁵, contra atos que ofendam a probidade administrativa.

Valemo-nos, aqui, do conceito trazido pelo constitucionalista alemão **Robert Alexy**, para quem deveres de proteção (*Schutzpflichten*) consistem, basicamente, em imposições constitucionais, explícitas ou implícitas, que estabelecem ao Estado o dever de tutelar ativamente determinados bens ou valores tidos como fundamentais em uma determinada ordem jurídica, em geral por meio de leis gerais e abstratas, que **proibem condutas, distribuem responsabilidades e, inclusive, instituem sanções em caso de descumprimento das regras de conduta.** Nas palavras de **Robert Alexy**:

“Por direitos de proteção devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. **Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas**⁶”. Grifou-se.

No Brasil, não há maiores controvérsias quanto à existência de deveres de proteção explícitos e implícitos na Constituição de 1988. O STF já os reconheceu em vários julgados⁷, normalmente os associando a uma nova

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Almedina, 2003.

⁶ Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2a Edição, 2015, p. 450-451.

⁷ Para um levantamento dessas decisões do STF, confira-se o trabalho de Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, em *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais* : conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção. São Paulo : Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado. [acesso 2022-04-26].



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

etapa do constitucionalismo, em que o "*Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou defesa – Abwehrrecht), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats)*"⁸. Exemplos de deveres de proteção **explícitos** previstos na Constituição de 1988 estão no art. 5º, incisos XLI, XLII e XLIII, os quais, por expressamente ordenarem a tutela de bens jurídicos de natureza **penal**, em geral têm sido denominados de "*mandados de criminalização*", como já sentenciou o Ministro **Gilmar Mendes**, no voto que proferiu no julgamento da ADI n. 3.112/DF. Também na área penal reconhece-se a existência de deveres de proteção **implícitos** na Constituição brasileira, decorrentes de um dever genérico que o Estado possui de proteger ativamente bens jurídicos fundamentais, dever esse que se relaciona ao direito fundamental à segurança previsto no artigo 5º, *caput* da CF.

No caso do artigo 37, parágrafo 4º da CF - norma que mais de perto interessa a esta peça por ser o principal parâmetro de controle das inconstitucionalidades materiais aqui levantadas - , a sua estrutura normativa observa as características próprias dos **deveres constitucionais de proteção**: dele se extrai um mandamento que estabelece ao Estado a obrigação de, por lei, proteger um bem jurídico fundamental (a probidade na Administração Pública) contra ameaças ou lesões vindas de terceiros (aqueles que praticam improbidade administrativa). Para **José Roberto Pimenta e Dinorá Adelaide Musetti Grotti**, trata-se de norma constitucional que

⁸Voto Min. Gilmar Mendes na ADI 3112, julgada em 02.05.2007.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

"estabelece a proteção da probidade como bem jurídico fundamental à organização do Estado ⁹".

Do ponto de vista da dogmática constitucional, sabe-se que bens jurídicos possuem íntima relação com direitos fundamentais, podendo-se dizer, simplificadamente, que os primeiros são o objeto garantido pelos segundos. No caso da probidade administrativa, esta é o bem jurídico garantido pelo que tem sido chamado de "*direito fundamental ao governo honesto*"¹⁰ pelo STF, de "*direito fundamental à administração pública proba ou à boa administração*"¹¹ por parte da doutrina, ou, como aqui se prefere, simplesmente pelo **direito fundamental à probidade administrativa**.

O direito fundamental à probidade administrativa, definido por **Juarez Freitas** como o direito à uma administração pública "*eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*" ¹², apesar de não constar do rol de direitos fundamentais expresso e positivado da Constituição de 1988, possui existência e normatividade em decorrência do art. 5o, parágrafo 2o da CF. Este último dispositivo é a porta de entrada da ordem jurídica brasileira para direitos **materialmente** fundamentais, que,

⁹ Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao projeto de Lei do Senado n. 2505/2-21. Encontrado em: https://www.anpr.org.br/images/2021/08/Sistema_de_Improbidade_e_Criticas_ao_Projeto_de_Reforma.pdf. Acesso em: 12.12.2021.

¹⁰ STF, MC no MS n. 24.458DF, j.18.02.2003 e MS 2741 MC/DF, 27.02.2008.

¹¹ **Freitas, Juarez**. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22; **Ingo Wolfgang Sarlet**, Constituição e Proporcionalidade: o **direito penal** e os direitos fundamentais: entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista Opinião Jurídica, n. 7, 2006.1, p. 174, acessado no sítio eletrônico <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>, no dia 30/10/21.

¹² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa: o controle de prioridades constitucionais*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5131/2691>. Acesso 11.12.2021.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

embora não positivados na Constituição, "*decorram do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

A partir da cláusula de abertura inscrita no art. 5º, parágrafo 2º da CF, pode-se dizer, então, que o **direito fundamental à probidade administrativa** encontra fundamento, ainda, nas seguintes normas da Constituição de 1988, conforme sugerido por **Roberto Lima Santos**¹³: **(i)** no princípio republicano (art. 1º, *caput*); **(ii)** no princípio democrático (art. 1º, par. único); **(iii)** nos seus fundamentos (art. 1º, incisos I a V: soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político); **(iv)** nos objetivos fundamentais da República (art. 3º, incisos I a IV: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); **(v)** na prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz nas suas relações internacionais (art. 4º, I e VI); e **(vi)** nos demais princípios constitucionais administrativos, previstos no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

A cláusula de abertura inscrita no art. 5º, parágrafo 2º da CF também permite que o direito fundamental à probidade administrativa integre o catálogo de direitos fundamentais protegidos pela Constituição de 1988 por força de sua previsão em tratados internacionais de que o Brasil é signatário,

¹³ SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html. Acesso em: 04 maio 2022.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

de que é exemplo a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), acolhida no ordenamento brasileiro pelo Decreto no 5.687, de 2006.

Pois bem. A circunstância de o art. 37, parágrafo 4o da CF/88 estruturar-se como um **dever de proteção a um bem jurídico fundamental** é essencial para compreender, como se defende nesta ação, que é precisamente tal circunstância a responsável por atrair, para as leis que pretendam regulamentá-lo – **inclusive para a Lei n. 14.230/21, aqui impugnada** - todo o arcabouço teórico-dogmático aplicável a essa específica categoria normativa de deveres prestacionais do Estado.

Desse arcabouço teórico destaca-se o entendimento de que, ao efetivar um dever de proteção mediante a edição de prestações normativas, o Poder Legislativo possui aquilo que o direito alemão denomina **liberdade de conformação** (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*), também referido por alguns como discricionariedade legislativa. Trata-se de um “espaço” dentro do qual o legislador pode escolher o conteúdo das decisões a tomar, em um espectro de decisões viáveis sob a ótica constitucional. A ampla liberdade de conformação de que goza o poder legislativo ao implementar os deveres constitucionais de proteção ocorre por que, em geral (mas nem sempre) eles apresentam, ao contrário dos tradicionais deveres constitucionais de abstenção estatal, uma estrutura disjuntiva (ou alternativa), o que significa que a sua concretização pode se dar por vias alternativas e igualmente aceitáveis, cabendo ao legislador, imbuído de ampla legitimidade democrática, escolher uma delas, segundo suas próprias prognoses.

Sabe-se, no entanto, que o exercício da discricionariedade pelo poder legislativo, no momento de efetivar um dever de proteção, deve



necessariamente se dar dentro das **margens de ação** deferidas pelo próprio sistema constitucional. A liberdade do legislador ordinário, ao implementar os deveres constitucionais de proteção, nas palavras de **Ingo Wolfgang Sarlet**, é ampla, "*mas jamais absoluta e incontrolável*"¹⁴, devendo observar certos limites.

O **primeiro tipo de limitação** que o legislador ordinário encontra será aqui chamado de **limite formal**, e emana do próprio programa normativo ou do texto do dispositivo constitucional que veicula o dever de proteção. É nele que se encontram as escolhas previamente feitas pela Constituição quanto aos componentes do dever de tutela. Tais **escolhas prévias** minimizam o caráter disjuntivo dos deveres de proteção¹⁵ e vinculam o legislador ordinário, o qual, ao efetivar o dever de tutela, não possui qualquer dose de discricionariedade sobre os aspectos pré-definidos pela própria Constituição. Como diz **Flávio Beicker** sobre as margens de ação do legislador ordinário frente aos deveres constitucionais de proteção, "*há casos em que essa margem é consideravelmente restrita, de modo que muitas vezes se dispõe de apenas uma medida eficaz para atingir o grau de proteção almejado.*

¹⁴ Constituição e Proporcionalidade: o **direito penal** e os direitos fundamentais: entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista Opinião Jurídica, n. 7, 2006.1, p. 174, acessado no sítio eletrônico: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>, no dia 30/10/21.

¹⁵ Um comentário que, apesar de excessivamente teórico, importa para o nosso raciocínio: a parte da norma constitucional em que o constituinte expressamente define, por exemplo, como o dever de proteção deverá ser implementado **não apresenta estrutura disjuntiva**. A proteção somente será feita de uma forma, ela somente será considerada como realizada caso se efetive estritamente de acordo com o que está na estrutura linguística e no âmbito normativo da norma. Nesse campo, o legislador ordinário não possui alternativas, pois está vinculado às escolhas do constituinte. Aqui, vale citar a lição de **Alexy**: *Se mais de uma ação de proteção ou de fomento é adequada, nenhuma delas é, em si mesma, necessária para a satisfação do dever de proteção ou de fomento; necessário é somente que alguma delas seja adotada. Apenas se houver somente uma ação adequada de proteção ou fomento é que se pode dizer que ela é necessária para a satisfação do direito a prestação. Nesse caso, a estrutura do direito a prestação é igual à do direito de defesa.* (Alexy, 462-463).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Nessas hipóteses, o caráter disjuntivo da estrutura dos deveres de proteção é drasticamente mitigado – quando não excluído¹⁶”.

Outrossim, mesmo a face da norma constitucional que deixa ao legislador ordinário discricionariedade e liberdade conformativa, não é, de qualquer modo, irrestrita: antes, ela encontra um **segundo tipo de limitação**, que são verdadeiras **balizas materiais** que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, valendo-se especialmente de ensinamentos da doutrina e de Cortes estrangeiras, têm identificado como sendo decorrentes do postulado da **proibição da proteção insuficiente ou deficiente** de bens jurídicos e direitos fundamentais.

Simplificadamente, a ideia subjacente à proibição da proteção insuficiente é a de que, do mesmo modo que o Estado não pode limitar excessivamente os direitos fundamentais do autor de uma agressão a um bem jurídico (ideia da qual se extrai a máxima da proibição de excesso), ele **também não pode se omitir de proteger o bem jurídico que está sob ameaça de lesão**, devendo, pois, adotar medidas de eficácia mínima voltadas a essa proteção, sob pena de inconstitucionalidade por ofensa à norma constitucional no qual resta plasmado o dever de proteção, bem como ao direito fundamental correspondente.

Conforme será visto oportunamente nesta peça, o STF tem utilizado fartamente o postulado da vedação à proteção insuficiente¹⁷ para

¹⁶ **Flávio Beicker Barbosa de Oliveira**, em *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais* : conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção. São Paulo : Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado. [acesso 2022-04-26].

¹⁷ Para um levantamento dessas decisões do STF, confira-se o trabalho de **Luís Fernando Matricardi Rodrigues**, em “*A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?*”, monografia de conclusão, Escola de Formação 2009, Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em <http://www.sbdp.org.br> (consulta em 20.10.2021).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

julgar a constitucionalidade de leis voltadas a implementar deveres de proteção, sendo a primeira decisão que empregou tal termo datada de 2006¹⁸. De lá para cá, já são dezenas de decisões do STF que empregam o postulado da vedação à proteção insuficiente como **limite material** à discricionariedade legislativa na efetivação de deveres de proteção¹⁹.

Em conclusão, pode-se dizer que o legislador ordinário, **embora tenha amplo poder conformativo (discricionariedade) para efetivar o dever de proteção à probidade administrativa inscrito no art. 37, p. 4o da CF, deve observância a, pelo menos, duas espécies de limitações:**

(i) ele está vinculado às escolhas feitas expressamente pelo Constituinte, que se extraem do programa normativo do dispositivo constitucional que veicula o dever de proteção à probidade, ou seja, do art. 37, paráf. 4o da CF. Sobre tais escolhas ele não possui qualquer discricionariedade (**limite formal**);

(ii) mesmo quanto aos aspectos do dever de proteção sujeitos à discricionariedade legislativa, o legislador ordinário, ao implementá-los, não pode adotar medidas que sejam inidôneas para proteger efetivamente a probidade administrativa. A vedação à proibição deficiente o limita (**limite material**).

É justamente a existência de tais limites – formais e materiais - à liberdade conformativa do legislador ordinário que justifica, do ponto de vista lógico-dogmático, que as leis voltadas a efetivar um dado dever

¹⁸ Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 418.376-5/MS (Dje 09.02.2006).

¹⁹ Nesse sentido, vale conferir os votos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 3113 e no hC 104410.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

de proteção sejam objeto de controle pelo Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional – como se pretende, nesta peça, seja feito em relação à Lei n. 14.230/21. Mas frise-se: somente quando o Poder Legislativo **atua fora** desses limites que se mostra cabível o controle da constitucionalidade da lei que pretende concretizar um dever de proteção constitucional.

Nos tópicos a seguir, será demonstrado que a Lei n. 14.230/21 desrespeitou ambos os limites ligados ao dever de proteção inscrito no art. 37, p. 4a da CF/88:

num **primeiro momento**, serão expostas as violações aos seus limites formais, ou seja, às escolhas feitas expressamente pelo Constituinte no programa normativo ou texto do art. 37, parág. 4o da CF/88;

num **segundo momento**, serão expostas as violações aos seus limites materiais, ou seja, ao postulado da vedação à proteção deficiente da probidade administrativa.

V.B) PRIMEIRO TIPO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO ART. 37, P. 4 DA CF: VIOLAÇÕES AO SEU TEXTO OU PROGRAMA NORMATIVO.

V.B.1) O CONTEÚDO DO ART. 37, PARÁGRAFO 4º DA CF.

Avaliar se o legislador ordinário respeitou ou não os limites **formais** de um dispositivo constitucional em que plasmado um dever de tutela não apresenta dificuldades extraordinárias. Trata-se, na hipótese, de cotejar a lei objeto de controle com o correspondente parâmetro constitucional e



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

analisar, fazendo uso das técnicas de hermenêutica existentes, se a primeira é compatível com o segundo.

Quando o parâmetro de controle é uma norma constitucional que veicula um dever **explícito** de proteção, ela já traz em seu próprio texto **qual** bem jurídico deverá ser protegido pela lei futura. Por outro lado, **como** isso será feito, ou seja, a forma e o meio de proteção, pode ou não estar pré-definido no texto constitucional.

O art. 37, parág. 4o da CF traz um dever de proteção explícito: dele se extrai claramente que o bem jurídico que deverá ser protegido pelo legislador ordinário é a probidade administrativa.

Mas a Constituição foi além e estabeleceu, nesse mesmo dispositivo, **como** a tutela deverá ocorrer, definindo que ela se dará mediante a imposição de sanções àqueles que pratiquem atos que ofendam a probidade administrativa.

Isso significa que o constituinte ordenou ao legislador ordinário a instituição e a disciplina de um **sistema jurídico de responsabilidade por atos de improbidade administrativa**, vale dizer, de *“um conjunto normativo estruturado sobre quatro **elementos (bem jurídico, ilícito, sanção e processo)**, que resultam na aplicação de sanções no caso da prática de ilegalidade funcional, elementos estes que mantêm relações de imbricação ou implicação lógico-jurídica, como produto do processo de positivação de instrumentos institucionais de prevenção, dissuasão e punição de determinadas condutas antijurídicas”*, nas palavras de **José Roberto**



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti²⁰. Tendo em mente essa lição, vê-se que o art. 37, parág. 4o da CF pré-definiu alguns dos elementos estruturais do sistema de responsabilidade que seria disciplinado pelo legislador ordinário: o **bem jurídico** protegido pelo sistema é a probidade administrativa, o **ilícito** que ensejará a sanção é a improbidade administrativa e as **sanções** decorrente da prática do ilícito serão, pelo menos, *a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário*.

O constituinte definiu que a proteção à probidade administrativa deverá se dar por meio de um sistema de responsabilização jurídica, mas reservou à lei ordinária elaborar a **tipologia** de normas correspondente.

O legislador ordinário, ao executar essa tarefa, não pode tipificar como ímprobos aqueles atos que **não** lesionem ou ameacem tal bem jurídico, uma vez que a probidade administrativa, na condição do bem jurídico eleito para ser protegido, exerce uma **função de garantia ou limitadora** sobre a atividade legiferante. Sobre essa função, explica **Erica Babini Lapa do Amaral Machado** que "(...) *não se pode perder de vista o sentido informador do bem jurídico na elaboração do tipo penal, informando ao legislador o que deve ou não ser criminalizado, limitando-o com seu poder legiferante* ²¹ - em lição que, embora originalmente destinada ao bem

²⁰ Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao projeto de Lei do Senado n. 2505/2-21. Encontrado em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021> . Acesso em: 12.12.2021.

²¹ MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A Teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos Direitos humanos. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 166-179, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/904/1060>. Acesso em: 26 abr. 2022. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p166-179>.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

jurídico **penal**, aplica-se com perfeição ao bem jurídico tratado no art. 37, parág. 4º da CF.

Veja-se que a função de garantia ou limitadora do bem jurídico, do mesmo modo que impede que o legislador tipifique como ato de improbidade aqueles atos incapazes de efetivamente lesar ou ameaçar a probidade administrativa, **também impede que o legislador deixe de tipificar como ímprobos aqueles atos que evidentemente ofereçam perigo ou lesionem tal bem jurídico.**

Ademais, a definição dos contornos do **processo** estatal que levará à responsabilização por atos de improbidade administrativa, com seus atos e fases, também ficou a cargo do legislador ordinário, sendo ele o formulador do devido processo legal que deverá ser observado no caso. Sobre esse aspecto do dever de proteção o legislador ordinário possui discricionariedade. Igualmente, à luz do art. 37, parág. 4º da CF, ele possui liberdade para definir apenas a "*forma e gradação*" das sanções a serem aplicadas em função dos atos de improbidade administrativa.

Por fim, a redação do art. 37, p. 4 da CF é clara ao dotar o sistema jurídico de responsabilidade por atos de improbidade administrativa de autonomia e independência em relação ao sistema penal, o qual, como se sabe, também pode proteger a probidade administrativa mediante a imposição de sanções àqueles que violem tipos penais que tenham tal bem jurídico como objeto.

Eis, portanto, os pontos, extraídos diretamente do texto do art. 37, parág. 4º da CF, sobre os quais o legislador ordinário **não possui**



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

discricionaridade ao implementar o dever de proteção à probidade administrativa:

quanto ao **objeto da proteção**, pois o legislador deve tipificar como sendo atos de improbidade administrativa **todas** as condutas que violem ou ameacem esse bem jurídico;

quanto **ao meio de proteção**, pois esta deve se dar, necessariamente, por um sistema jurídico de responsabilidade autônomo, diverso do sistema penal.

A Lei n. 14.230/21 desrespeitou o primeiro ponto, ao alterar o *caput* do art. 11 e incisos I e II da Lei n. 8.429/92.

Ademais, ela desrespeitou o segundo ponto, ao incluir/alterar o art. 23, parágrafo 4º, incisos II, III, IV e V, parágrafos 5º e 8º; o art. 16, parágrafos 3º e 10; o art 17-C, parágrafo 2º; e o art. 21, parágrafo 4º, todos da Lei n. 8.429/92.

V.B.2) O NOVO ART. 11, CAPUT DA LEI N. 8.429/92 VIOLA O OBJETO DA PROTEÇÃO DETERMINADA PELO PROGRAMA NORMATIVO DO ART. 37, PARÁGRAFO 4º DA CF.

V.B.2.a) O conceito constitucional de probidade administrativa.

Antes do advento da Lei n. 14.230/21, o art. 11, *caput*, incisos I e II da Lei n. 8.429/92 possuía a seguinte redação:



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, **e notadamente:** (...).

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; (...).

A Lei n. 14.230/21 revogou os incisos I e II do art. 11 da LIA, e alterou o seu *caput*, no seguinte sentido:

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:** (...).

Embora a Lei n. 14.230/21 tenha trazido mais de uma alteração na redação do *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92 ²², **esta peça dirige-se, especificamente, ao ponto em que a nova lei retirou a expressão "notadamente" desse dispositivo legal** e, com isso, **tornou exaustiva a lista** das hipóteses caracterizadoras de ato de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública. Ademais, impugna-se também a **revogação dos incisos I e II** do art. 11 da LIA.

²² A primeira é que, pela nova redação do *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92, apenas a conduta dolosa caracteriza ato de improbidade administrativa por violação aos princípios da administração. Trata-se de mudança que está em consonância com o entendimento jurisprudencial já existente sobre o tema. Na segunda alteração, a nova Lei retirou a violação ao dever de "lealdade às instituições" da lista de violações de deveres considerados como atos de improbidade administrativa atentatórios aos princípios da administração pública. Trata-se de mudança que deve ser considerada como uma alteração tão somente linguística, cosmética e sem efeitos práticos. É que a lealdade às instituições é e sempre foi um dos valores éticos subjacentes ao princípio da moralidade administrativa, o qual, por seu turno, é um princípios que, por força do art. 37 da Constituição Federal, regem a administração pública. Assim, a violação ao dever de lealdade às instituições, esteja ou não referida no *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92, ofende o princípio da moralidade administrativa e, assim, é ato de improbidade administrativa violador de princípio.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Resumidamente, a nova estrutura do art. 11 da Lei n. 8.429/92 viola o **objeto** da proteção determinada pelo próprio texto do art. 37, parág. 4º da CF.

Com efeito, uma das escolhas do constituinte quanto ao dever de proteção previsto no art. 37, parág. 4º da CF diz respeito ao objeto a ser protegido: a probidade administrativa. Esta, por sua vez, é um valor que foi selecionado e colocado na categoria de bem jurídico fundamental pela própria Constituição, de modo que cabe a esta, e somente a esta, estabelecer o seu conteúdo.

Embora a Constituição de 1988, nos vários dispositivos em que se refere à probidade administrativa²³, não afirme direta ou literalmente em que ela consiste, o conjunto dos princípios e regras constitucionais, lidos a partir do contexto histórico em que se deu a sua edição, revelam o que Constituinte **idealizou** ao exigir, de forma tão contudente, a proteção a tal bem jurídico.

De início, é certo que a mera leitura do texto constitucional de 1988 já permite que se afirme que a probidade administrativa inclui a higidez do **patrimônio material** e do **patrimônio moral** do Estado, sendo este último entendido como *os princípios éticos que regem a atividade pública, sintetizados no princípio da moralidade, consagrado no artigo 37 da Constituição*²⁴, como bem resume **Monica Nicida Garcia**.

²³ O termo probidade ou improbidade administrativa é referido nos artigos 37, § 4o, 14, § 9o e 85, inciso V da CF.

²⁴ Patrimônio Público. Dicionário de Direitos Humanos. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-print.php?page=Patrim%C3%B4nio%20p%C3%Bablico>>. Acesso em 18 nov 2021.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Quanto ao primeiro (higidez do patrimônio público material), a sua inclusão no conceito de probidade administrativa deflui diretamente do art. 37, parágrafo 4º da CF/88, que, ao elencar os tipos de sanções decorrentes da prática de atos ímprobos, cita, como uma delas, o ressarcimento ao erário, sanção que pressupõe uma lesão prévia ao patrimônio público material. Quanto ao segundo (higidez do patrimônio público moral), como o parágrafo 4º do art. 37 da CF/88 está logicamente vinculado ao seu *caput*, e como este último trata dos princípios regentes da atividade estatal, **a boa técnica sugere que o dever de tutela imposto ao legislador ordinário no parágrafo se dirige à proteção, também, dos princípios da administração Pública, citados no caput.**

Mas essa interpretação literal do texto constitucional é ainda reforçada por um elemento de cunho histórico. Aliás, quando se trata de compreender o art. 37, parág. 4º da CF - matriz constitucional de proteção à improbidade administrativa - em todo o seu ineditismo e potencial transformador, é sempre esclarecedor olhar para o cenário jurídico que existia antes da norma, para entender o que efetivamente o Constituinte de 1988 pretendeu mudar com o novo texto.

Nessa linha, importa destacar que situações fáticas associadas à ideia de ofensa à probidade administrativa já eram objeto de preocupação por parte do poder constituinte brasileiro muito antes da Constituição de 1988. A Constituição Política do Império do Brasil (1824) previa a possibilidade de responsabilização de Ministros de Estado nos casos de *"peita, suborno ou concussão, pela falta de observância da lei e por qualquer dissipação dos bens públicos"*²⁵. Com a primeira Constituição da

²⁵Art. 133, incisos II, IV e VI.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

República (1891), a ofensa à probidade²⁶ - pela primeira vez citada nominalmente em um texto constitucional brasileiro - passou a ser elemento normativo de **crime de responsabilidade** praticado por ministros de estado e pelo presidente da república, verdadeiras infrações político-administrativas puníveis com a perda do cargo ou a suspensão dos direitos políticos²⁷. A partir de então, todas as demais constituições brasileiras mantiveram a improbidade administrativa como elementar de crimes de responsabilidade²⁸.

Foi apenas com a Constituição Federal de 1946, todavia, que os agentes públicos em geral, e não apenas os agentes políticos, tornaram-se também passíveis de serem punidos por práticas lesivas à probidade administrativa. Entretanto, a Constituição de 1946 somente considerava puníveis por ofensa à probidade administrativa os atos de servidores públicos que resultassem em enriquecimento ilícito decorrente de abuso do cargo ou função públicas²⁹, sancionando-os com sequestro e perdimento de bens. As Constituições de 1967 e 1969, por sua vez, a ampliaram a possibilidade de aplicação de tais sanções para casos de dano ao erário causados por agentes públicos³⁰ (art. 150, § 11, e art. 153, § 11, respectivamente).

Assim, as Constituições que antecederam a de 1988 até contemplavam hipóteses de responsabilização de servidores por atos ímprobos, mas estes eram identificados **somente com os que resultassem em enriquecimento**

²⁶ Artigo 54, VI e VII.

²⁷ Os atos normativos que disciplinaram tais previsões foram, primeiro, o Decreto n. 30, de 1892 e, depois, a Lei n. 1079, de 1950.

²⁸ CF 1891, art. 54, 6; CF 1934, art. 57, f; CF1937, art. 85, d; CF 1946, art. 89, V; CF 1967, art. 84, V; EC 01/1969, art. 82, V; CF1988, art. 85, V.

²⁹ Artigo 141, § 31, 2ª parte da Constituição de 1946: A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade *autárquica*."

³⁰ A fim de dar concretude a essas previsões, foram editadas, sucessivamente, as Leis 3.164/57 (lei Pitombo-Godoy Ilha) e Lei n.º 3.502/58 (lei Bilac Pinto).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

ilícito ou dano patrimonial ao erário. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, determinou que os agentes públicos em geral seriam puníveis, simplesmente, por *atos de improbidade administrativa*, e não mais por *atos dos quais resultassem em enriquecimento ilícito ou dano patrimonial ao erário*. **A inovação trazida pelo constituinte de 1988 não consistiu em mera alteração semântica.**

De fato, a punição por atos que *resultam em improbidade administrativa* (determinada pela CF de 1988), e não mais por atos dos quais *resultam incremento patrimonial ao agente público ou lesão material do erário* (determinada pelas constituições anteriores), **ampliou a abrangência do bem jurídico** que, até então, vinha sendo protegido a título de improbidade administrativa.

O que se percebe é que a Constituição de 1988 trouxe para o escopo da proteção constitucional uma categoria – a probidade administrativa – altamente permeável a valores éticos e morais, em um movimento que foi **potencializado**, ainda, pela inclusão da **moralidade administrativa** no rol de princípios que regem a atuação da Administração Pública, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Tratava-se de uma clara inclinação do Constituinte de 1988 à ideia neoconstitucionalista de conferir relevância **normativa** aos princípios constitucionais, com todas as consequências daí decorrentes, especialmente a força vinculante deles emanada.

Dessa forma, com a inclusão do princípio da moralidade administrativa no rol do art. 37 da CF, o Constituinte claramente erigiu os valores que são subjacentes a esse princípio – **lealdade, retidão e integridade institucionais** – à condição de **verdadeiros deveres jurídicos**,



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

de observância obrigatória na atuação de toda a Administração Pública, sob pena de responsabilização por ofensa à probidade administrativa. **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** bem sintetiza essa ideia:

“A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger outras que não apenas o enriquecimento ilícito.³¹”

Portanto, sob a égide da Constituição de 1988, a probidade administrativa consiste indiscutivelmente na **higidez do patrimônio público material e do patrimônio público moral**, sendo o princípio da moralidade administrativa o fio condutor que unifica esse conceito.

E, nos termos do art. 37, parág. 4º da CF, tal bem jurídico deverá ser protegido por intermédio de um sistema jurídico de responsabilidade, de modo que qualquer conduta que viole tal bem jurídico deverá ser tipificada como ato ilícito - o que é, como visto, decorrência direta da função limitadora ou de garantia que bens jurídicos exercem sobre a atividade legiferante - e gerar as sanções correspondentes.

V.B.2.b) A técnica de elaboração da tipologia da improbidade administrativa com o uso de conceitos indeterminados e listas abertas.

³¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

É verdade, entretanto, que o caráter pluridimensional do bem jurídico que deve ser tutelado nos termos do ar. 37, parág. 4º da CF - composto, como visto, por partes materiais e imateriais, fortemente impregnado por elementos estritamente axiológicos -, combinado com o dinamismo que marca as relações travadas entre a Administração Pública e seus agentes - torna especialmente complexa e desafiadora a tarefa de elaborar a tipologia correspondente.

É que **ofensas à probidade administrativa podem se manifestar no mundo dos fatos de uma infinidade de maneiras**, especialmente no caso da violação a princípios, em que o desvalor a ser sancionado está apenas na conduta transgressora de bens intangíveis e de deveres de caráter marcadamente ético, como os de integridade, lealdade e honestidade institucionais, sem que haja resultados materiais visíveis. Ademais, **as formas pelas quais podem se dar a má gestão da coisa pública estão em constante alteração**, sendo em geral dinâmicas e complexas as estruturas usadas para prática de corrupção.

Isso torna **inviável a descrição, em tipos legais fechados**, de absolutamente todos os atos que importem em grave desonestidade, incúria, parcialidade e deslealdade no trato da coisa pública. A inviabilidade, além de semântica, deriva também da incapacidade do legislador de antecipar todas as novas hipóteses de violação à probidade administrativa que podem surgir com a passagem do tempo.

Diante disso, uma tipificação fechada e taxativa de atos de improbidade administrativa inevitavelmente deixa de fora do tipo sancionador e, portanto, **da proteção que ele proporciona**, atos que ofendem a probidade administrativa. Ela simplesmente não é suficiente para atender as



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

particularidades que circundam a tutela dos atos de improbidade administrativa, os quais, como já dito, além de poderem se apresentar de uma infinidade de maneiras, estão em constante mutação.

Daí a necessidade de a elaboração da tipologia sancionatória dos atos de improbidade administrativa valer-se de **conceitos jurídicos indeterminados e de listas não exaustivas de hipóteses fáticas** configuradoras dos ilícitos, de modo a possibilitar que a lei acompanhe a variedade e o dinamismo que marcam as condutas capazes de violar tal bem jurídico.

Tais técnicas, aliás, têm sido tradicionais e abundantes no âmbito do direito administrativo sancionador e, como lembra **Fábio Medina Osório**, são *“historicamente eficazes na tutela dos mais variados bens jurídicos relacionados ao funcionamento do setor público, como se nota na obra de Jean- Pierre (1999)”*. O mesmo autor ainda salienta que *“a ordem jurídica, em certa medida, necessita da vagueza semântica, pois esta é que possibilita o almoldamento da fattispecie normativa às situações novas, sequer possíveis de serem previstas, quando posto o texto pelo legislador”*³². Em igual linha ensina **Emerson Garcia** ao aduzir que, *“no campo da improbidade administrativa, a tipologia aberta das condutas descritas no caput dos dispositivos apresenta-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos”*³³.

³² Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: RT, 2005p. 271.

³³ Improbidade Administrativa. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 562.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Foi justamente seguindo essa linha que a Lei n. 8.429/92, com redação anterior à Lei n. 14.230/21, valeu-se, na construção dos seus três tipos sancionadores (artigos 9, 10 e 11), da técnica da descrição do núcleo central do tipo, seguida de especificações meramente exemplificativas de condutas nele enquadráveis, fazendo uso, ainda, de alguns conceitos e fórmulas jurídicas abertas. Com isso, **a Lei n. 8.429/92 naturalmente permitia que condutas não descritas nas listas exemplificativas, mas que também agredissem a probidade administrativa, fossem enquadradas no caput dos artigos 9, 10 ou 11**, e, assim, fossem havidas como atos de improbidade administrativa, com as consequências daí decorrentes.

A antiga redação do *caput* do art. 11 da Lei no 8.429/92 destacava a importância do papel dos princípios constitucionais da administração pública como elementos dirigentes da atuação do Poder Público em um Estado Constitucional de Direito. Além disso, ela enfatizava o caráter cogente dos deveres funcionais que alimentam esses princípios jurídicos. Tratava-se, em suma, de estrutura normativa que fortalecia o sistema jurídico de combate à improbidade administrativa no Brasil, na medida em que a sua abertura era apta a acolher situações fáticas que não haviam sido hipoteticamente descritas no rol de incisos do art. 11 da Lei no 8.429/92.

V.B.2.c) A escolha do legislador, na nova redação do art. 11, *caput* da Lei n. 8.429/92, por uma tipologia taxativa.

Por outro lado, a nova redação do *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92 dada pela Lei n. 14.230/21, ao tornar taxativa a lista de atos de improbidade administrativa por violação a princípios da administração pública,



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

acaba naturalmente deixando de fora da tipificação legal condutas claramente desleais, desonestas, contrárias à dignidade da função pública, mas que não foram antecipadas e descritas pelo legislador. São condutas que violam o bem jurídico selecionado pela Constituição, mas que simplesmente não estão tipificadas como ímprobos. Em outras palavras: **são ímprobos à luz da Constituição, mas não à luz da nova lei.**

E a Lei n. 14.230/21 ainda revogou os dois primeiros incisos do mencionado artigo, esvaziando ainda mais o dispositivo, já que tais incisos descreviam hipóteses que, pela sua abertura, permitiam que lhe fossem subsumíveis uma ampla variedade de atos desonestos e desleais à Administração.

Assim é que, com o advento da Lei n. 14.230/21, algumas condutas que vinham sendo reiteradamente reconhecidas pelos Tribunais pátrios como inequívocas lesões aos princípios da Administração Pública tornaram-se, de repente, fatos atípicos do ponto de vista do sistema jurídico de responsabilidade por improbidade administrativa.

É o caso, por exemplo, da **tortura perpetrada por policiais** contra presos mantidos sob a sua custódia, cuja prática vinha sendo há tempos considerada, por jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como um ato de grave deslealdade institucional, que fere as bases e a legitimidade da Administração Pública, razão pela qual ele era enquadrado no *caput* e no inciso I do art. 11 da Lei n. 8.429/92, sob a égide da sua redação anterior.

Em um dos precedentes sobre o tema anteriores à Lei n. 14.230/21, o STJ afirmou que "*a violência policial arbitrária é ato que viola*



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

frontalmente os mais elementares princípios da Administração Pública" e que "a violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade" ³⁴. Com a nova lei, fatos como esse simplesmente deixaram de ser consideradas atos ofensivos à probidade administrativa.

Outros exemplos emblemáticos que devem seguir esse mesmo raciocínio, já que tradicionalmente se enquadravam apenas na previsão do art. 11, *caput*, incisos I ou II da Lei n. 8.429/92, hoje revogados, são os seguintes:

- a **contratação irregular de servidor público sem a prévia aprovação em concurso público** e sem motivo plausível para tanto³⁵;
- a **cumulação ilegal de cargos por funcionário** submetido a regime de dedicação exclusiva ³⁶;
- o **descumprimento injustificado de ordens judiciais**³⁷;
- a **utilização do cargo público para perseguir** desafetos ou favorecer amigos;
- a **utilização do cargo público para lograr vantagens pessoais não pecuniárias**, como se dá com as infelizmente rotineiras "carteiradas",
- o **abuso de autoridade**,

³⁴ STJ, REsp 1081743/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015.

³⁵ REsp 1230352 / SP, 27/08/2013, REsp 1214605 / SP, 06/06/2013.

³⁶ STJ, ARESp 1445262/ES, Relator Ministro Sergio Kukina, DJU 14.12.2018.

³⁷ STJ, Agravo regimental no agravo em RESP, AgRg no ARESp 654406/SE, relator Ministro Herman Benjamin, DJE 04.02.2016.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

- os recentes casos de “fura-filas” na vacinação contra a Covid-19.
- **o assédio moral ou sexual perpetrado por agentes públicos em ambiente de trabalho.**

Recentemente, o país se chocou com notícia de que um médico funcionário de Hospital Público no Estado do Rio de Janeiro praticou crime de estupro contra uma paciente grávida sedada, enquanto fazia seu parto. Trata-se de situação que fere de modo incontestável o dever de se portar com integridade e correição no exercício da função pública, em uma clara ofensa à moralidade pública. Por força da Lei n. 14.230/21, todavia, tal ato já não pode ser considerado um ato de improbidade administrativa ³⁸.

Desde a edição da nova Lei, a imprensa passou a noticiar vários casos públicos de réus que já vêm obtendo o arquivamento de ações de improbidade administrativa em razão da “*abolitio*” gerada pela nova redação do *caput* e da revogação dos dois primeiros incisos do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

Os fatos subjacentes às ações noticiadas envolvem, por exemplo, conduta de Prefeito que **usou máquina administrativa** do município para obter votos na eleição seguinte³⁹, a irregularidade e **desvio de finalidade** praticados por prefeito municipal na nomeação de agentes para cargos comissionados⁴⁰, e a conduta de ex vereador que articulou esquema para “furar fila” de exames e consultas na rede pública da região⁴¹. Em todos

³⁸ <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/07/nova-lei-de-improbidade-nao-considera-estupro-em-hospital-como-violacao-e-promotora-critica-retrocesso-na-protacao.ghtml>

³⁹ https://www.conjur.com.br/2022-fev-24/freitas-rol-artigo-11-lei-improbidade-agora-taxativo#_ftnref4

⁴⁰ https://www.conjur.com.br/2022-fev-24/freitas-rol-artigo-11-lei-improbidade-agora-taxativo#_ftnref4

⁴¹ <https://www.ovale.com.br/nossaregiao/politica/ex-vereador-usa-alterac-o-em-lei-para-pedir-extinc-o-de-processo-do-fura-fila-1.207808>



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

esses casos, as ações foram arquivadas basicamente com base no entendimento de que, após a Lei n. 14.230/21, "*não se fala na existência de atos de improbidade por lesão de princípios fora do rol fechado do artigo 11 da Lei 8.429/92*" ⁴².

São fatos que estão longe de apresentarem menor gravidade ou serem meras irregularidades. Antes, eles revelam condutas de patente desonestidade, deslealdade institucional ou desprezo com a dignidade da função pública, que espelham vícios tradicionais no cotidiano da gestão pública brasileira, historicamente conduzida pelo que **Sérgio Buarque de Holanda**, ainda em 1946, chamou de "funcionário patrimonial", que é aquele para quem "*a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos (...)*" ⁴³.

Vale lembrar, ainda, que, com a atipicidade desses fatos à luz da Lei n. 8.429/92 e a sua exclusão do campo de responsabilização previsto em tal Lei, **boa parte deles também deixará de ensejar pena disciplinar de demissão, ao menos quando praticados por agentes públicos sujeitos à Lei n. 8.112/90.**

É que, como se sabe, nos termos do art. 132, inciso IV da Lei n. 8.112/90, a prática de ato de improbidade administrativa é uma das faltas disciplinares passíveis de ensejar pena de demissão ao servidor público federal autor. Por isso, antes da Lei n. 14.230/21, servidores públicos que

⁴² <https://www.conjur.com.br/2022-fev-24/freitas-rol-artigo-11-lei-improbidade-agora-taxativo>

⁴³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 91.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

praticassem atos funcionais violadores aos princípios da administração Pública poderiam ser desligados da função.

Entretanto, como, com a nova redação, grande parte dos fatos atentatórios aos princípios da administração Pública já não se caracterizam como ato de improbidade administrativa, por não se enquadrarem no restrito rol do art. 11 da LIA, eles também não mais se sujeitam à sanção disciplinar de demissão prevista no art. 132 da Lei n. 8.112/90. Daí que esses atos ofensivos aos princípios, mas não tipificados no art. 11 da LIA, somente poderão ser sancionados pela via penal, caso também tipifiquem crimes. Trata-se de hipótese, entretanto, rara, já que ofensas a princípios da administração pública, desacompanhadas de resultados materiais (como dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente), em geral não perfazem tipos penais.

Isso significa que, com a edição da Lei n. 14.230/21, inúmeros atos funcionais ofensivos aos mais elementares valores éticos que informam a administração pública ficaram **completamente impunes**: já não eram sancionados na via penal e passaram a também não sê-lo na via da responsabilização de que trata a Lei n. 8.429/92 e, por consequência, na via disciplinar.

A consequência dessa mudança normativa é particularmente danosa à sociedade porque, como se sabe, é a lei que impõe as responsabilidades instrumentais à repressão de atos ímprobos e à dissuasão de novas práticas. **Quando a lei se põe em descompasso com o que ordena a Constituição, criando um universo de condutas que, não obstante ímprobos, restam impunes, exerce sobre a sociedade o papel**



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

de normalizá-las (e talvez mesmo de estimulá-las), posto que postas em um ponto cego da ordem jurídica.

Em conclusão, a Lei n. 14.230/21, no ponto em que retirou a palavra "notadamente" do *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92 e deixou de tipificar atos que ofendem a probidade administrativa, bem assim no ponto em que revogou os incisos I e II desse mesmo artigo, violou o objeto da proteção definida pelo texto do art. 37, parág. 4º da CF 1988.

V.B.3) AS VIOLAÇÕES DA LEI N. 14.230/21 AO MEIO DE PROTEÇÃO À PROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTO NO ART. 37, PARÁGRAFO 4º DA CF.

V.B.3.a) Breves considerações sobre o novo sistema jurídico previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF: o sistema anti-improbidade administrativa anterior à CF/1988.

A Lei n. 14.230/21 não desrespeitou apenas o objeto do dever de proteção previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF, nos termos acima expostos. Ela desrespeitou, também, o meio pelo qual deveria se dar essa proteção ao incluir os seguintes novos dispositivos na Lei n. 8.429/92: **(i) art. 23**, parágrafo 4º, incisos II, III, IV e V, parágrafos 5º e 8º; **(ii) art. 16**, parágrafo 3º; **(iii) art. 16**, parágrafo 10; **(iv) art. 17-C**, parágrafo 2º; **(v) art. 21**, parágrafo 4º.

Com efeito, segundo o programa normativo que se extrai do art. 37, parágrafo 4º da CF, o legislador ordinário deveria disciplinar um **sistema jurídico de responsabilidade de agentes públicos autônomo e**



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

independente dos pré-existentes, voltado à proteção da probidade administrativa. A lei, ao fazê-lo, não tinha liberdade total, já que, como ensinam **José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti** “os âmbitos do sistema encontram seus contornos na própria ordenação constitucional, nos limites de seus princípios e regras⁴⁴”, os quais devem ser observados pelo legislador ordinário.

Para que bem se compreendam os contornos e alcance do sistema jurídico de responsabilidade previsto no art. 37, parág. 4o da CF, é preciso, mais uma vez, voltar-se para o cenário jurídico que lhe antecedeu. O combate à improbidade e à corrupção públicas não nasceu com a Constituição de 1988. Antes dela, tinha-se, em matéria de responsabilidade jurídica **extra penal** por atos de improbidade administrativa, o seguinte quadro normativo:

(i) segundo as constituições de 1891 (art. 54, 6), de 1934 (art. 57,f), de 1937 (art. 85,d), de 1946 (art. 89, V), de 1967 (art. 84, V) e EC 01/1969 (art. 82, V), **agentes políticos** podiam ser responsabilizados por crimes de responsabilidade que resultassem em danos ao Erário, enriquecimento ilícito ou que, mesmo não produzindo tais resultados, ferissem a probidade administrativa por violarem a “dignidade” ou “honra” do cargo ou função públicas. Os atos normativos que disciplinaram tais previsões constitucionais foram, primeiro, o Decreto n. 30, de 1892 e, depois, a Lei n. 1079, de 1950, esta última ainda em vigor nos dias atuais. As sanções passíveis de serem aplicadas

⁴⁴ Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao projeto de Lei do Senado n. 2505/2-21. Encontrado em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 12.12.2021



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

em tais casos eram, apenas, as de perda do cargo e de suspensão de direitos políticos.

(ii) segundo a Constituição de 1946, **os demais servidores públicos** apenas podiam ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa que resultassem em enriquecimento ilícito. A fim de dar concretude a essa previsão constitucional, foram editadas, sucessivamente, a Lei 3.164/57 (lei Pitombo-Godoy Ilha) e a Lei n.º 3.502/58 (lei Bilac Pinto): a primeira sujeitava a seqüestro e perda os bens do servidor público adquiridos por influência ou abuso do cargo ou função pública, enquanto a segunda regulava o seqüestro e o perdimento de bens de servidor público nos casos de enriquecimento ilícito ou por abuso do cargo ou função. Com o advento da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969, servidores públicos passaram a poder ser responsabilizados, também, por atos que resultassem em dano ao erário. Entretanto, a regulamentação infraconstitucional correspondente não ocorreu, de sorte que as Leis 3.164/57 e 3.502/58, que apenas previam hipóteses de responsabilização por enriquecimento ilícito, e não dano ao Erário, permaneceram como os principais instrumentos legais regulamentadores da Constituição de 1967 e da EC 1969.

Paralelamente, um conjunto de normas penais tratava dos **crimes** praticados contra a Administração Pública, com isso tutelando a probidade administrativa de modo reflexo. Nesse sentido, por exemplo, o primeiro Código Penal de 1831 já previa um título destinado a essa espécie de crime, entre os quais a corrupção, na época dividida entre os tipos penais de peita, suborno e concussão. Crimes dessa espécie também foram previstos



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

nos outros dois Códigos Penais brasileiros sucessivos, o de 1890 e o atual, de 1940.

Entretanto, o uso dos instrumentos previstos nesse arcabouço normativo era escasso e os seus resultados eram raramente vistos. Tratava-se de um modelo notoriamente inefetivo. Os comentários de **Mateus Bertoncini** bem ilustram esse quadro:

Em meados do século XX Francisco Bilac Moreira Pinto, filho do senador Bilac Pinto, político responsável pelo projeto de lei convertido na lei 3.502/58, afirmou que os brasileiros já se acostumaram tanto ao clima de corrupção, que já não se tem ânimo de contra ele reagir, o que não acontece com os americanos. Essa apatia em face da corrupção constitui fenômeno mais grave do que a própria corrupção, confirmando o clima de impunidade detectado desde o advento da Constituição de 1891, que se manteve intacto durante todo o período.

Passadas mais de quatro décadas, Francisco Octávio de Almeida Prado vem ratificar o ambiente de corrupção e impunidade vivido no Brasil durante os períodos antecedentes, relatando que a Lei n. 3502/58 - Lei Bilac Pinto - e a Lei 3.164/57, ambas destinadas ao combate à corrupção, tiveram escassa operatividade e raras foram as oportunidades em que se teve notícia da efetiva propositura das ações nela contempladas, ou seja, não tiveram êxito, seguindo a mesma sorte das legislações que definiram os crimes de responsabilidade (Dec. 30/1982 e Lei 1.079/50)⁴⁵. Grifei.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves apontam várias razões para a inefetividade da disciplina anti-improbidade anterior à Constituição de 1988:

(i) a dificuldade de fazer prova dos múltiplos requisitos previstos para a configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito (única passível de sancionamento para agentes públicos em geral), sendo até mesmo exigida a prova de **interesse político** do doador na hipótese de doação

⁴⁵ Atos de improbidade administrativa – 15 anos da Lei n. 8.429/1992. São Paulo: RT, 2007, p. 29/30.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

de bem pertencente ao patrimônio público sem observância da sistemática legal;

(ii) a não-tipificação do enriquecimento ilícito na hipótese de aquisição de bens em montante superior à renda do agente;

(iii) o não estabelecimento de nenhuma sanção direta e específica para o agente público ímprobo (que apenas tinha que devolver os bens adquiridos ilicitamente), o qual continuaria a exercer o cargo (salvo em relação a agentes políticos, sujeitos à *impeachment* e à perda da função pública) ⁴⁶.

Outro ponto que dificultava a responsabilização de agentes públicos por ofensa à probidade administrativa na disciplina imediatamente anterior à Constituição de 1988 residia na circunstância de que tais atos ilícitos eram majoritariamente combatidos na seara do Direito Penal (nas hipóteses em que o ato de improbidade também configurava crime comum), **o que atraia para o seu enfrentamento as dificuldades próprias e naturais de atuar nesse ramo do Direito, que é, como se sabe, a ultima ratio em termos de manifestação do *jus puniendi* estatal.**

Nessa linha, por exemplo, o Direito Penal exige a observância de inúmeras garantias fundamentais em favor do acusado e de formalidades processuais para que a respectiva pena possa ser aplicada. Além disso, o **encargo probatório** requerido para uma condenação criminal, inclusive quanto ao aspecto da responsabilidade subjetiva do autor, é sabidamente o mais alto entre os sistemas sancionatórios existentes na ordem jurídica pátria.

⁴⁶ Improbidade Administrativa. 5ª ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 213.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

A aplicação dessas características ao processo judicial voltado a punir criminalmente um agente público por ofensas à probidade administrativa (que também perfaziam tipos penais) naturalmente dificultava as chances de alguma responsabilização.

A conjuntura histórica que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988 foi marcada, ainda, por um acentuado **sentimento popular de intolerância com a** corrupção, o qual, ainda que parcialmente, nutria-se da já citada inefetividade do modelo anti-improbidade então vigente, incapaz que era de oferecer respostas mínimas às variadas formas de desonestidades públicas comuns à sociedade brasileira da época.

A premência por mudança pode ser depreendida, por exemplo, do discurso feito, em 10 de março de 1988, pelo Deputado Federal **Hélio Costa** em sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em que se discutia a redação do art. 44, parágrafo 3o do Projeto de Constituição **(equivalente ao atual art. 37, parágrafo 4o da CF):**

Acredito que fomos eleitos à Assembléia Nacional Constituinte para cumprir, pelo menos, com dois compromissos básicos assumidos com os nossos eleitores e com o povo: um compromisso histórico: e outro, o compromisso moral O compromisso histórico de dotarmos o nosso País de uma Constituição moderna, que atenda às aspirações de nosso povo sofrido e desesperançado; e um compromisso moral de acabarmos de vez com os abusos de toda ordem, desde o abuso dos direitos humanos até dos que se utilizam de cargos públicos para usar indevidamente, o dinheiro do povo. E conseguimos isto quando aprovamos os princípios básicos, os princípios fundamentais da nossa Sociedade. E conseguimos cumprir também, Sr" e Srs Constituintes, os nossos compromissos, quando aprovamos o Capítulo dos Direitos Sociais Cumprimos estes compromissos quando qualificamos como crimes inafiançáveis o racismo, a tortura e o tráfico de drogas. Hoje, Sr" e Srs. Constituintes, temos uma oportunidade histórica de resgatar mais um compromisso moral desta Assembléia Nacional Constituinte, que está em votação. O Brasil, lamentavelmente, tem uma tradição que ultrapassa as nossas fronteiras: a tradição da corrupção no Serviço Público. É lamentável. Aqui, Sr. e Srs. Constituintes, lembro o trabalho digno e correto de milhares de funcionários



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

públicos, de todos os escalões, que merecem o nosso respeito. Por outro lado, a imprensa está repleta, há vários meses, especialmente nos últimos meses, do assunto que está destruindo a nossa sociedade: a corrupção neste País. O próprio Presidente da República reconhece isto; o Presidente da CNBB, D. Luciano Mendes, levantou-se na defesa da probidade e da moralidade, e todos sabemos o que aconteceu. Os militares já se pronunciaram, e a própria classe política está ficando desacreditada, a própria classe política exige mais rigor nas leis que regem o dinheiro do povo E, o que é mais importante, o povo exige, imediatamente, que se tome medidas concretas para acabar com a corrupção. O povo quer alguma coisa que seja direto, simples e objetivo, ou seja, o povo quer, como eu disse anteriormente nas minhas campanhas em meu Estado, especialmente. que o corrupto vá para o seu lugar, a cadeia ⁴⁷.

Assim é que, finalmente, a Constituição de 1988, ao prever, em seu artigo 37, a criação de um sistema jurídico de responsabilidade por atos de improbidade administrativa expressamente **independente dos limites mais estreitos próprios ao Direito Penal e aos crimes de responsabilidade**, munido de graves sanções aplicáveis a agentes de toda Administração Pública, claramente buscou enfrentar e superar as deficiências do modelo anti-improbidade anterior. O seu advento não pode deixar de ser lido como uma contundente resposta ou reação aos elementos históricos então presentes, afinal, como alerta o professor **Paulo Gustavo Gonet Branco** ⁴⁸, "*o significado da norma também haverá de levar em conta a realidade fática que criou o problema que suscitou a necessidade de interpretação*" .

O Constituinte de 1988, atento à realidade que lhe pre-existia, buscou outros instrumentos, a par da punição criminal, que pudessem conferir uma proteção mais ampla e efetiva à probidade administrativa, para o que instituiu **modelo inédito na história do constitucionalismo**

⁴⁷ Ata da 222a sessão da assembleia nacional constituinte, em 10 de março de 1988. Página 8288. Encontrado em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf>.

⁴⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 2017, p. 81.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

brasileiro, marcado por traços que o colocaram como instrumento único e de vanguarda no mundo.

Ao comentar a novidade trazida pela CF/88 em seu artigo 37, parágrafo 4º, em que a probidade é tratada pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro como fonte de responsabilidade jurídica autônoma, **Fábio Medina Osorio** acentua que *"o Constituinte buscou, com tal iniciativa, fugir aos limites da dogmática penal, para adentrar a seara mais ampla do Direito Administrativo, especialmente o terreno do Direito Administrativo Sancionador, com isso reduzindo, certamente, o rol de garantias dos acusados em geral e ganhando celeridade e eficiência no combate a esse ilícito ⁴⁹".*

Em sentido semelhante, **José Roberto Pimenta Oliveira** e **Dinorá Adelaide Musetti Grotti** se referem à novidade trazida pela Constituição de 1988 como *"reflexo da grave inefetividade de outros sistemas (destacadamente, o civil, penal e administrativo) para lograr redução ou atenuação na expansão de práticas de corrupção ⁵⁰".*

V.B.3.b) O novo sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa como mais uma camada de proteção ao bem jurídico.

O novo sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF, que seria, em seguida, instituído pela Lei n. 8.429/92, passou a conviver com os outros sistemas

⁴⁹ Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 61-62.

⁵⁰ Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao projeto de Lei do Senado n. 2505/2-21. Encontrado em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 12.12.2021.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

jurídicos de responsabilidade de agentes públicos por ilícitos funcionais até então existentes no país, notadamente com os sistemas disciplinar, penal e político. Esses outros sistemas jurídicos também podem levar à responsabilização de agentes públicos por atos funcionais, de modo que, ainda que reflexamente, eles oferecem proteção à probidade administrativa, de acordo com suas próprias regras e princípios. O novo sistema de que trata o art. 37, parágrafo 4o da CF não substituiu os anteriores, mas se somou a eles. Como acentuou o Ministro do STF **Luis Roberto Barroso** no voto que proferiu no julgamento da PET 3240, *tratam-se, em verdade, de regimes autônomos e não excludentes* ⁵¹. O novo sistema passou, então, a oferecer **mais uma camada de proteção** à probidade administrativa.

Juntos, os (sub) sistemas específicos de responsabilidade de agentes públicos por ilícitos funcionais formam o **sistema constitucional geral de responsabilidade** de agentes públicos por ilícitos funcionais - termo usado por **José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti**, para quem:

O atual marco constitucional revela a existência de **um sistema constitucional geral, dotado de unidade e coerência, que agasalha no seu interior, os sistemas institucionais específicos de responsabilização de agentes públicos, ao incidirem na prática de ilícitos.** Um *sistema constitucional geral* que ordena variados *sistemas constitucionais específicos de responsabilidade*, criados ou amparados pela Constituição, merecedores de regulamentação legal para sua plena aplicabilidade, igualmente dotados de unidade e coerência, com o escopo de prevenção e punição de ilícitos funcionais. Este fenômeno constitucional é resultado marcante da crescente constitucionalização do direito administrativo e de seus institutos fundamentais ⁵².

51 Voto proferido no julgamento da PET 3240.

52 Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao projeto de Lei do Senado n. 2505/2-21. Encontrado em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 12.12.2021.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Quando se têm em mente as causas históricas que levaram o constituinte de 1988 a instituir **mais uma camada** de proteção à probidade na administração pública, exsurge como lógica a conclusão de que a **finalidade** por ele buscada, ao assim proceder, foi a de conferir **uma maior, mais ampla e mais abrangente proteção ao cidadão bem jurídico**, atento à circunstância de que, *“quanto maior a diversidade de sistemas sancionatórios, mais consistente se torna a defesa constitucional de valores fundamentais na atividade pública, como desenvolvimento do ideal de Estado Material de Direito, concebido nos tempos atuais em evolução à concepção formal”*, mais uma vez na lição de **José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti** ⁵³.

Desse modo, foi para cumprir a finalidade de **mais amplamente** proteger a probidade administrativa, em compasso com a importância então dada ao aperfeiçoamento do combate à corrupção pública, que a Constituição de 1988 determinou a instituição de um novo sistema jurídico de responsabilidade por atos de improbidade administrativa **autônomo e independente** em relação aos demais sistemas jurídicos de responsabilidade de agentes públicos existentes no país. Essas duas características – autonomia e independência - significam que o novo sistema jurídico de responsabilidade específico pode incidir sobre os mesmos ilícitos abarcados pelos sistemas específicos pré-existentes, bem como que a ação de improbidade administrativa pode ser instaurada, tramitar e chegar à sua

⁵³ Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao projeto de Lei do Senado n. 2505/2-21. Encontrado em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 12.12.2021.



conclusão, com a aplicação das sanções pertinentes, independentemente do que ocorra nos outros sistemas jurídicos.

Além disso, e também com vistas à consecução da finalidade de ampliar a proteção ao bem jurídico em tela, cada um desses sistemas jurídicos de responsabilidade possui **dogmática própria**, sofrendo a incidência de regras e princípios jurídicos ajustados às suas particulares. A diferenciação entre os sistemas, cada qual contendo normas próprias, contribui para a sua efetividade, pois, como diz o professor argentino **Carlos María Cárcova**, *"tanto mais eficaz será o subsistema jurídico quanto maior for o grau de sua diferenciação interna"* ⁵⁴.

Obviamente, os sistemas jurídicos possuem entre si pontos de troca, de complementariedade e mesmo de intersecção. Como exemplo disso, eles contêm normas, escritas ou não, que impedem que a sua incidência concomitante sobre os mesmos fatos leve a ilogicidades e injustiças, sendo exemplos delas as regras de comunicabilidade entre as instâncias e as que vedam o *bis in idem*. Afinal, mais uma vez segundo **Carlos María Cárcova**, **"esse processo de diferenciação, que supõe um aumento correlativo da complexidade, deve ter um limite que impeça sua autodestruição, como consequência da sobrecarga de prestações contraditórias requeridas pelos outros sistemas. É este limite que nosso autor [Luhmann] vincula à ideia de 'justiça' que não remete mais a um critério ético, mas a um critério de 'consistência' do sistema com relação às decisões que oferece"** ⁵⁵.

54 CÁRCOVA, Carlos María. A opacidade do Direito. São Paulo: LTr, 1998, p. 183.

55 CÁRCOVA, Carlos María. A opacidade do Direito. São Paulo: LTr, 1998, p. 183.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

V.B.3.c) A relação do sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa com os demais sistemas de responsabilidade de agentes públicos existentes na ordem jurídica, especialmente com o sistema penal.

Apesar de autônomo, o sistema jurídico de responsabilidade de que trata o art. 37, parág. 4o da CF/88 convive com os demais sistemas específicos de responsabilidade por desvios funcionais, numa relação de equilíbrio ou de **coordenação lógica e coerência**. É que os sistemas jurídicos de responsabilidade específicos são, como visto, partes do sistema geral de responsabilização de agentes públicos. Este, para se manter coeso e racional e, com isso, poder oferecer ampla proteção à probidade administrativa, precisa que suas partes interajam de modo coordenado e coerente, como peças de uma só engrenagem que trabalham para um mesmo fim.

Um bom exemplo da necessidade de haver **coordenação lógica e coerência** entre os sistemas específicos de responsabilização de agentes públicos se obtém ao se analisar a relação entre o sistema jurídico de improbidade administrativa previsto pelo art. 37, paráf. 4o da CF, de um lado, e o sistema jurídico de responsabilidade penal, que contém vários tipos que também protegem a probidade administrativa, de outro.

Como se sabe, o Direito Penal, nos termos do art. 5o, inciso LXI da CF/88, é o único que possui em seu rol de sanções a pena de **prisão**, a mais grave e restritiva incursão estatal na esfera jurídica dos indivíduos que a ordem jurídica brasileira admite. Em contrapartida, como **limitação a esse poder**, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* em termos de manifestação do *jus puniendi* estatal e suas sanções somente podem incidir ao fim de um



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

processo judicial submetido a um amplo rol de garantias individuais materiais e processuais previstas na Constituição, sendo elas verdadeiras conquistas civilizatórias. O Ministro do STF **Gilmar Mendes**, no julgamento do HC n. 104410, bem lembrou que “o *Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos. Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais (...).*”

Já o sistema jurídico autônomo de responsabilidade por improbidade administrativa fundado no art. 37, parágrafo 4o da CF, dispõe de sanções mais brandas quando comparadas às do Direito Penal. As suas sanções podem até mesmo restringir direitos políticos e o patrimônio dos indivíduos, mas jamais afetar o seu *status libertatis*.

Isso significa que, enquanto o sistema decorrente do art. 37, parág. 4o da CF “ameaça” o agente público ímprobo com o ressarcimento ao erário, a devolução dos bens havidos ilícitamente, a suspensão de direitos políticos e/ou a perda da função pública, o Direito Penal, além de poder produzir todos esses mesmos resultados de modo colateral (art. 15, inciso III da CF/88 e art. 91, incisos I e II, b, art. 92, inciso I do Código Penal), ainda “ameaça” o agente público ímprobo (quando a improbidade também é crime) com a mais severa das penas, a privativa de liberdade ⁵⁶. Outrossim, como

⁵⁶ Embora não seja assunto pacífico, verifica-se ser corrente o entendimento de que a principal característica do Direito Administrativo Sancionador - que é integrado, entre outros, pelo sistema de que trata o art. 37, p.4 da CF - é a de possuir sanção diversa da pena privativa de liberdade, o que o distinguiria do Direito Penal. Aliás, foi o sociólogo Durkheim, ao tratar da divisão da função do trabalho, o primeiro a classificar as regras jurídicas segundo as diferentes sanções que lhe são vinculadas, segundo se extrai das lições de **Mireille Delmas-Marty** em *The Criminal Process and Human Rights: towards a European Consciousness* (1995, p. 195).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

bem acentua **Ana Carolina Carlos de Oliveira** ao discorrer sobre direito administrativo sancionador (do qual o sistema previsto no art. 37, parág. 4o da CF/88 passou a fazer formalmente parte com o advento da Lei n. 14.230/21), *"não podemos desconsiderar o fato de que o efeito estigmatizante, que pode ser grave no caso da sanção administrativa (que poderia equipará-la em gravidade à penal), é muito mais grave nos casos de penas de prisão ⁵⁷".*

Assim, considerando que o Direito Penal oferece as restrições mais severas aos direitos individuais admitidas na ordem jurídica pátria, e considerando, ainda, que uma das causas históricas que levaram à previsão, pelo Constituinte, de um sistema jurídico autônomo de responsabilidade por atos de improbidade administrativa foi, justamente, a necessidade de superar as amarras do Direito Penal no enfrentamento a essa espécie de ilícito, **conclui-se que o exercício do direito de punir fundado no sistema jurídico previsto no art. 37, parág. 4o da CF/88 deve se submeter a um rol menor de garantias individuais e formalidades processuais (limitações do poder de punir estatal) em comparação às incidentes no campo penal, sob pena de se instaurar grave incoerência e ilogicidade entres os (sub) sistemas.**

Basicamente, o sistema jurídico autônomo previsto no art. 37, parágrafo 4o da CF/88, sendo manifestação do poder punitivo estatal mas não sendo provido de punições tão severas como a pena de prisão, deve sujeitar-se, como exige o Estado Constitucional de Direito, apenas às limitações decorrentes do postulado do devido processo legal e seus

⁵⁷ Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: O pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Monografia de Mestrado. Encontrado em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acessado em: 13.12.2021.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

consectários (que são, basicamente, as previstas no art. 5o, incisos LIII, LIV, LV e LVI da CF), e não a todas as limitações aplicáveis ao sistema penal.

Em consequência disso, o sistema previsto no art. 37, parágrafo 4o da CF/88, quando comparado ao de Direito Penal, torna-se mais ágil, menos engessado, e, assim, melhor equipado para apresentar respostas às variadas formas de lesões à probidade administrativa, caracterizadas por, muitas vezes, valerem-se de estruturas dinâmicas e complexas, cujo enfrentamento, pela via penal, encontra dificuldades inviabilizadoras.

Veja-se que a existência de uma relação de equilíbrio, coerência e lógica entre o sistema jurídico penal e o sistema jurídico de improbidade administrativa instituído pelo art. 37, parágrafo 4o da CF (assim como entre todos os demais sistemas jurídicos específicos de responsabilização de agentes públicos por atos funcionais existentes no país) é fundamental para que o **sistema constitucional geral de responsabilidade** de agentes públicos por ilícitos funcionais, do qual ambos fazem parte, seja dotado de **coesão e racionalidade**⁵⁸. Um sistema coeso é aquele integrado por partes que mantêm uma relação lógica e harmônica entre si. Um sistema racional é aquele que é capaz de atingir seus objetivos.

A coesão do sistema constitucional geral de responsabilidade de agentes públicos seria afetada se o sistema de responsabilidade por improbidade administrativa, apesar de dispor de sanções bem mais brandas do que as do Direito Penal, se submetesse a garantias individuais e formalidades processuais mais amplas do que as aplicáveis ao Direito Penal, ou mesmo equivalentes.

⁵⁸ Adota-se, aqui, a noção weberiana de "racionalidade por relação a um fim" ou racionalidade teleológica.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

É que, com isso, estaríamos diante de um sistema (o do art. 37, parágrafo 4o da CF) com menor possibilidade de intervenção sobre os direitos dos indivíduos do que o Direito Penal, mas, apesar disso, submetido à uma carga de garantias individuais maior ou idêntica à aplicável ao Direito Penal, **o que aniquilaria a sua vantajosidade frente aos demais e mesmo a sua utilidade como sistema próprio de combate à improbidade administrativa.**

Ora, se, diante de um fato que configure ao mesmo tempo crime e improbidade administrativa, o proveito passível de ser obtido pelo Estado-autor, através do sistema de responsabilização por improbidade administrativa, for inferior ao proveito passível de ser obtido pelo Estado-autor através do sistema de Direito Penal, e, ao mesmo tempo, o caminho a ser percorrido no âmbito do sistema de responsabilização por ato de improbidade até esse proveito ser alcançado tiver os mesmos óbices que o caminho próprio do Direito Penal, então o resultado esperado é que, sempre que possível, o Estado autor opte pelo caminho do Direito Penal.

Nesse cenário, no *tradeoff* entre o Direito Penal e o sistema de responsabilização por improbidade administrativa, este último seria invariavelmente **desvantajoso, muito embora ele tenha sido concebido pela CF/88 justamente para apresentar um incremento em termos de proteção à probidade administrativa, para ser uma alternativa mais efetiva ao Direito Penal no combate a ilícitos que ferem a probidade administrativa.**

Ana Carolina Carlos de Oliveira, ao tratar dos sistemas punitivo penal e do administrativo sancionador, cita a lição de **Lascuraín Sanchez**, para o qual "*prever exatamente os mesmos direitos e garantias para*



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

ambas as áreas 'não só não se ajusta com a realidade jurídica' no que se refere ao modo de prever e aplicar as sanções, como também anularia as vantagens do procedimento sancionador mais acelerado de que dispõe a Administração Pública. Em outras palavras, a transposição de garantias deve ser modulada para não inviabilizar a celeridade do procedimento administrativo sancionador".

A mesma autora prossegue afirmando que "Tomillo e Rubiales entendem que a tendência atual do Direito administrativo sancionador é de ampliação das suas garantias, aproximando-se cada vez mais do Direito penal, **mas sem chegar à plena equiparação de garantias, o que anularia as vantagens do processo administrativo**"⁵⁹ (Grifamos).

A falta de coerência lógica entre os sistemas específicos, portanto, debilitaria a coesão do sistema constitucional geral de responsabilidade de agentes públicos, pois significaria que suas partes deixariam de fazer sentido entre si. O sistema especificamente desenhado para combater a improbidade administrativa, de modo amplo e mais efetivo do que vinha ocorrendo até então, perderia sua utilidade e vantajosidade frente ao sistema de direito penal

A **racionalidade** do sistema geral também seria afetada na hipótese acima.

É que, com o advento do novo sistema previsto no art. 37, parágrafo 4o da CF, o sistema **geral** de responsabilidade de agentes públicos, do qual o novo sistema tornou-se parte, passou a ter como um dos seus

⁵⁹ Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: O pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Monografia de Mestrado. Encontrado em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acessado em: 13.12.2021.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

objetivos conferir uma **proteção ampla e abrangente à probidade administrativa**. Entretanto, se a opção pelo sistema de responsabilidade por improbidade administrativa revelar-se invariavelmente desvantajosa ao Estado-autor, então a nova “camada de proteção” à probidade administrativa instituída com o art. 37, p. 4 da CF perderia sua utilidade, como visto.

Não há por que estabelecer uma nova camada de proteção se a anterior (de direito penal) é mais vantajosa do que a nova. Esta última deixará de significar um diferencial, um incremento na proteção à probidade administrativa. A ampla proteção pretendida pela Constituição não será alcançada.

Assim, a falta de coerência e coordenação lógica entre os sistemas específicos de responsabilização de agentes públicos enfraquece o **sistema geral de responsabilidade** de agentes públicos, debilita a sua capacidade de atingir o objetivo que o Constituinte buscou, que foi o de conferir ampla e abrangente proteção à probidade administrativa. O novo sistema jurídico previsto no art. 37, parágrafo 4o da CF/88 perderia sua utilidade, deixaria de ser um incremento em termos de proteção à probidade administrativa, quando comparado ao cenário anterior.

Como conclusão, tem-se que o legislador ordinário, ao disciplinar o novo sistema jurídico de responsabilidade idealizado pelo art. 37, parágrafo 4o da CF, deve dotar-lhe de autonomia em relação ao sistema penal, e deve permitir que ele interaja com este e com demais sistemas específicos de modo coerente e lógico, pois apenas assim haverá uma proteção ampla e efetiva à probidade administrativa.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Entretanto, isso não foi feito pelo legislador ordinário responsável pela Lei n. 14.230/21 quanto aos seguintes novos dispositivos da Lei n. 8.429/92: **(i)** art. 23, parágrafo 4º, incisos II, III, IV e V, parágrafos 5º e 8º; **(ii)** art. 16, parágrafo 3º; **(iii)** art. 16, parágrafo 10; **(iv)** art. 17-C, parágrafo 2º; **(iii)** art. 21, parágrafo 4º.

V.B.3.d) Inconstitucionalidade do art. 23, parágrafo 4º, incisos II, III, IV e V, parágrafos 5º e 8º da Lei n. 8.429/92, por ofensa ao meio de proteção previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF.

Inicia-se pelos parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V, 5º e 8º do art. 23, todos incluídos na Lei n. 8.429/92 pela Lei n. 14.230/21, que instituem e disciplinam a **prescrição intercorrente** no âmbito do processo judicial ajuizado com base na Lei n. 8.429/92.

De acordo com o artigo 23, *caput* da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela lei n. 14.230/21, a partir da data da prática do ato ímprobo (ou, nos atos permanentes, da data da cessação da permanência), o ente estatal legitimado tem prazo de 8 anos para ajuizar a ação de improbidade administrativa correspondente, sob pena de a pretensão respectiva ser fulminada pela prescrição (sendo essa uma prescrição de direito material).

Uma vez ajuizada a ação de improbidade administrativa, o Estado conta, então, com 4 anos para realizar toda a instrução processual e probatória e proceder ao exame de mérito da demanda em sentença. O Estado também conta com o prazo de 4 anos para realizar os atos processuais insertos



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

nos demais marcos interruptivos previstos no art. 23, parágrafo 4º, incisos II, III, IV e V da Lei n. 8.429/92⁶⁰.

O primeiro ponto que merece ser frisado é que a prescrição intercorrente representa uma sanção à inércia ou procrastinação da parte autora em movimentar o processo judicial em determinado prazo, e tem seu fundamento constitucional no direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII da CF/88) e no princípio da segurança jurídica. Trata-se, portanto, de instituto que funciona como **garantia** à parte ré.

Na mesma linha, e em se tratando dos sistemas de responsabilização de agentes públicos por atos funcionais (que tem o Estado, por meio de seus entes e órgãos, como a parte autora do correspondente processo judicial), a prescrição opera como uma **limitação ao poder punitivo estatal**, já que, uma vez atingido o prazo prescricional, o Estado já não mais poderá aplicar a sanção cabível ao agente público que praticou o ato ilícito. A aplicação da sanção é a forma pela qual o Estado realiza concretamente a proteção ao bem jurídico lesado pelo ilícito.

Dessa forma, se, por um lado, a prescrição intercorrente favorece ou prestigia o interesse do réu (agente público que praticou o ilícito), ao impedir que ele seja sancionado após a passagem de tempo considerado pela lei como excessivo ou irrazoável, por outro, ela limita as possibilidades de

⁶⁰ Com o ajuizamento da ação, passa a fluir, contra o Estado, um prazo de prescrição (intercorrente) equivalente à metade da prescrição de direito material, ou seja, de 4 anos, entre os seguintes marcos interruptivos: (i) entre ajuizamento da ação de improbidade administrativa (que interrompe a fluência da prescrição de direito material, que, nos termos do art. 23, *caput*, é de 8 anos, contada da data do fato) e a sentença condenatória nela proferida; (ii) entre esta e acórdão de Tribunal *ad quem* que mantenha a sentença condenatória ou reforme sentença absolutória; (iii) entre este e decisão monocrática ou colegiada do STJ que mantenha a acórdão condenatório ou reforme acórdão absolutório; (iv) entre esta e decisão monocrática ou colegiada do STF que mantenha decisão condenatória ou reforme decisão absolutória do STJ.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

o Estado proteger, mediante a imposição da respectiva sanção, o bem jurídico lesado.

Dito isso, a primeira constatação que pode ser feita da análise da disciplina dada pela Lei n. 14.230/21 à prescrição intercorrente é que ela traz uma **combinação** de regras que a colocam como **a mais restritiva de toda a ordem jurídica brasileira do ponto de vista dos interesses da parte autora da ação, ou seja, do ente público legitimado**. Vale dizer: no que tange ao tempo que possui para fazer valer sua pretensão em juízo, em nenhum outro sistema jurídico de que se tem notícia, a parte autora (ente público) está em situação tão restritiva quanto está, atualmente, o autor de uma ação de improbidade administrativa no Brasil.

Explica-se. Quebrando a lógica existente em outros sistemas jurídicos, a Lei n. 14.230/21 previu uma hipótese de prescrição intercorrente que combina duas regras raras: ela possui prazo equivalente à **metade** do prazo previsto para prescrição material e incide já na fase de **conhecimento** do processo judicial.

De fato, **não se conhece outro sistema jurídico no direito brasileiro em que o prazo previsto para prescrição intercorrente equivalha apenas à metade do prazo prescricional de direito material, tal qual passou a prever a Lei n. 14.230/21**. Em geral, a prescrição intercorrente observa sempre o mesmo prazo previsto para prescrição de direito material, nos termos da Súmula 150 do STF (prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação) ⁶¹ e da jurisprudência do

⁶¹ A Medida Provisória n. 1085, de dezembro de 2021, ainda não convertida em lei até a presente data, incluiu o art. 206-A ao Código Civil, com a seguinte redação: *A prescrição intercorrente observará o mesmo prazo de*



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

STJ ⁶². **Até mesmo a prescrição processual no Direito Penal obedece a essa regra.**

Além disso, afora a prescrição incidente no curso do processo **penal** (que será vista a seguir, e assume a forma de prescrição superveniente ou retroativa), a prescrição intercorrente prevista para outros sistemas jurídicos incide **apenas na fase de execução dos processos judiciais (ou de cumprimento de sentença), e não na fase de conhecimento.**

A razão disso é que o processo civil se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei (CPC, art. 2º). Dessa forma, se um processo de conhecimento permanecer paralisado por algum tempo, o primeiro raciocínio a ser feito deve se voltar para a atuação do órgão julgador, já que é dele o dever de impulsionar a prática dos atos do procedimento. Justamente por isso, aliás, a ordem jurídica processual brasileira possui e sempre possuiu regras voltadas a evitar que uma das partes seja prejudicada pela demora imputável exclusivamente aos serviços judiciários (art. 219, § 2º do CPC 1973; art. 240, § 3º do CPC de 2015; enunciado 106 da súmula do STJ).

Outrossim, a eventual desídia do **autor** em promover os atos e diligências que lhe incumbem já leva à extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267 do antigo CPC e art. 485, inciso III do novo CPC), inclusive a pedido do réu.

prescrição da pretensão, observadas as causas de impedimento, de suspensão e de interrupção da prescrição previstas neste Código e observado o disposto no art. 921 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁶² Segundo decisão proferida pelo STJ no julgamento do REsp 1.340.553 – RS, que tratou da prescrição intercorrente na execução fiscal: "findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição".



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Para ilustrar o quão desvantajosa para a parte autora da ação, em comparação com qualquer outro sistema jurídico brasileiro, é a disciplina trazida para a prescrição intercorrente pela Lei n. 14.230/21, basta imaginar uma situação hipotética em que a proteção à probidade administrativa pudesse ser feita exclusivamente com base nas normas previstas no Código Civil (CC) e no Código de Processo Civil (CPC).

Nessa hipótese, ao contrário do que ocorre com as novas regras do sistema da Lei n. 8.429/92, a respectiva fase de conhecimento não se sujeitaria a prazos de prescrição intercorrente. A fase de cumprimento de sentença, se houvesse, apenas se submeteria à prescrição intercorrente se o autor da ação não lograsse encontrar bens do agente público réu passíveis de adimplir a condenação, conforme prevê o art. 921, inciso III, parágrafos 1 a 5 do CPC (aplicável ao cumprimento de sentença por força do art. 513 do CPC).

Daí se vê que, **ao menos quanto à prescrição intercorrente, a previsão de um sistema próprio, específico e autônomo para proteger a probidade administrativa, tal qual ordenado pelo art. 37, parágrafo 4º da CF, tornou-se, após a Lei n. 14.230/21, uma opção mais desvantajosa para o Estado-autor do que ocorreria se tal bem fosse tutelado por um sistema disciplinado pelas regras comuns do CC e CPC.** Como o autor de ações de improbidade administrativa age em nome de toda a sociedade, é ela que é colocada em posição de desvantagem em comparação a qualquer outra vítima que pretenda proteger em juízo seus direitos e interesses.

Mas a desvantagem em que se situa o sistema disciplinado pela Lei n. 8.429/92 no que tange à prescrição intercorrente fica ainda mais evidente quando ele é comparado com o sistema penal, no qual, como já dito,



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

também pode se realizar reflexamente a tutela desse mesmo bem jurídico, o que ocorre especialmente por meio dos tipos penais que preveem crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública ou contra as licitações.

Com efeito, a ação penal sujeita-se, já na respectiva fase de conhecimento, à prescrição entre determinados marcos processuais interruptivos, previstos no art. 117 do Código Penal (os quais se assemelham aos do art. 23, p. 4º da Lei n. 8.429/92). Entretanto, **diversamente do que ocorre na ação de improbidade administrativa**, o prazo da prescrição no curso do processo **penal** recomeça a correr **pelo seu total, e não pela metade**, cada vez que ele é interrompido. Esse prazo regula-se pela pena imposta em sentença penal e é fixado nos termos do art. 109 do CP, que prevê prazos bastante dilatados, invariavelmente superiores não só às penas previstas em abstrato, mas também, às penas passíveis de serem aplicadas em sentença.

Assim, por exemplo, na ação penal por crime de **corrupção passiva (art. 317 do CP)**, cuja pena em abstrato é de 2 a 12 anos, se a respectiva sentença condenatória aplicar a pena **mínima** prevista no tipo legal, ou seja, 2 anos, a prescrição incidente entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória recorrível será de 4 anos (assim como nos demais marcos interruptivos). Para todos os demais casos, ou seja, para os casos em que a pena cominada em sentença superar o mínimo legal, ainda que em 1 dia, a prescrição entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória recorrível será de **8 anos** ou mais (podendo ainda ser de 12, 16 ou mesmo 20 anos).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Idêntico raciocínio se aplica à prescrição no curso de processo penal pelos crimes, previstos no CP, de peculato (**art. 312**), inserção de dados falsos em sistema de informações (**art. 313-A**), concussão (**art. 316**), excesso de exação (**art. 316. p. 2**) e violação de sigilo em licitação (art. 337-J), posto que todos eles possuem pena mínima em abstrato de 2 anos.

Já um processo penal pelos crimes mais comumente praticados contra as licitações, nomeadamente os previstos nos **artigos 337-E, 337-F, 337-H, 337-K, 337-L, 337-M, parágrafo 1º, todos do Código Penal**, submetem-se a um prazo prescricional no curso do processo de, no mínimo, 8 anos, podendo chegar a 12 anos, já que a pena mínima a todos eles cominadas em abstrato é de 3 anos.

Ou seja: **o prazo de prescrição no curso de um processo penal em que haja a tutela reflexa da probidade administrativa será, via de regra, consideravelmente maior do que o previsto para prescrição incidente na ação de improbidade administrativa**, nos termos da atual redação dos parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V, 5º e 8º do art. 23 da Lei n. 8.429/92. Em regra, o Estado terá pelo menos 8 anos para encerrar a instrução processual e proferir julgamento de mérito em uma ação penal pelos tipos penais acima citados, possuindo, na “pior” das hipóteses, 4 anos para tanto, ou seja, o mesmo prazo atualmente previsto para a realização da instrução e julgamento de mérito **em qualquer** ação de improbidade administrativa.

Assim, a Lei n. 14.230/21, ao prever uma prescrição intercorrente de 4 anos nas ações de improbidade administrativa, conferiu ao agente público réu de tais feitos uma **garantia mais ampla** do que a



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

atualmente existente para os réus nas ações criminais em que haja a tutela reflexa da probidade administrativa. **Isso apesar de o Direito Penal ser o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos e, por isso, dever revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, na lição do Ministro do STF Gilmar Mendes no julgamento do HC n. 104410.**

O outro lado da moeda é que a disciplina conferida pela Lei n. 14.230/21 à prescrição intercorrente **diminuiu** a possibilidade de proteção à probidade administrativa pela via do sistema jurídico de responsabilidade de que trata o art. 37, parágrafo 4º da CF/88, na medida em que aumentou a limitação ao poder punitivo estatal exercido nessa instância. Do ponto de vista do tempo que possui para aplicar a sanção pertinente, o Estado está mais limitado na via da ação de improbidade administrativa do que na via da ação penal. **E isso apesar de o sistema de responsabilidade de que trata o art. 37, parágrafo 4º da CF/88 ter sido criado especificamente com a finalidade de possibilitar uma proteção mais ampla e efetiva à probidade administrativa, afastada dos limites estreitos da dogmática penal.**

A disciplina restritiva aos interesses do Estado conferida pela Lei n. 14.230/21 no que pertine à prescrição intercorrente traz, pois, uma **grave incoerência** entre o sistema de responsabilização previsto na Lei n. 8.429/92 e o sistema penal. O primeiro (LIA), embora tenha sanções mais brandas, passa a ser mais “garantista” para o agente público acusado de improbidade do que o sistema penal. O segundo (penal) passa a ser invariavelmente a opção mais vantajosa para o Estado, pois, ao mesmo tempo em que possibilita a aplicação de uma pena mais severa ao agente público



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Ímprobo, oferece prazo prescricional maior ao Estado para que tal sanção seja aplicada.

Fica claro, portanto, que os parágrafos 4º (incisos II, III, IV e V), 5º e 8º do art. 23 da Lei n. 8.429/92, com redação dada pela Lei n. 14.230/21, **são inconstitucionais pois anulam as vantagens e a utilidade do sistema de improbidade administrativa previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF, no que tange às modalidades de ato de improbidades mais graves**, que também perfazem tipos penais. Com isso, eles retiram a coesão do sistema geral de responsabilidade jurídica de agentes públicos, tornando-o, ainda, inapto para atingir a meta de tutela ampla à probidade administrativa, tal como determinado pela Constituição.

V.B.3.e) Os art. 16, parágrafos 3 e 10 e art. 17-C, parágrafo 2 da Lei n. 8.429/92 ofendem o meio de proteção previsto no art. 37, p. 4o da CF.

Embora a disciplina dada à prescrição intercorrente pela Lei n. 14.230/21 seja o exemplo mais emblemático de como a nova Lei retirou a unidade, coesão e racionalidade do sistema geral de responsabilidade jurídica de agentes públicos, ele não é o único.

Uma disciplina desvantajosa do ponto de vista da proteção à probidade administrativa, com garantias individuais, formalidades processuais e limitações ao poder punitivo estatal mais amplas dos que as previstas em outros sistemas, notadamente no Direito Penal, também ocorre em razão dos seguintes novos artigos da Lei n. 8.429/92, todos incluídos pela Lei n. 14.230/21:



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

(i) art. 16, parágrafo 10, que veda que a cautela da indisponibilidade de bens alcance e assegure o valor de futura multa civil;

(ii) art. 16, parágrafo 3º, que exige a comprovação do *periculum in mora* para o deferimento da indisponibilidade de bens;

(iii) art. 17-C, parágrafo 2º, que veda a solidariedade entre correus condenados ao ressarcimento ao erário.

Esses novos dispositivos legais atingem um dos mais importantes elementos da equação que leva à proteção da probidade administrativa, a saber, a possibilidade de o Estado alcançar o patrimônio do agente público ímprobo para fazê-lo ressarcir o dano causado aos cofres públicos e/ou devolver o acréscimo patrimonial decorrente de suas atividades ilícitas.

Começa-se pelo **art. 16, parágrafo 3º da Lei n. 8.429/21**, que versa sobre os requisitos necessários ao deferimento da medida cautelar de indisponibilidade de bens no curso da ação de improbidade administrativa.

Antes da Lei n. 14.230/21, como se sabe, era entendimento jurisprudencial pacífico, nos Tribunais brasileiros, que o *periculum in mora*, nas medidas cautelares em sede de ação de improbidade administrativa, era presumido, de modo que, para a sua concessão, bastava a demonstração do *fumus bonis iuris*, ou seja, da existência de indícios de responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa. Nessa linha, o STJ **sedimentou** a posição de que "*é possível a decretação da 'indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa)*"



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro ⁶³”.

O novo art. 16, parágrafo 3º da Lei n. 8.429/92, contrariando a posição jurisprudencial vigente, passou a exigir, como um dos requisitos para o deferimento da medida cautelar de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa, “*a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo*”, ou seja, a demonstração, no caso concreto, do chamado *periculum in mora*, e não apenas do *fumus bonis iuris*.

A leitura corrente no meio jurídico acerca do novo dispositivo é a de que, na prática, a indisponibilidade somente passa a ser cabível se houver risco de dilapidação de patrimônio ⁶⁴.

Já na via penal, o entendimento prevalecente nos Tribunais⁶⁵, com respaldo no entendimento do STJ e, pelo menos, da 1ª Turma do STF, é o de que as medidas cautelares patrimoniais penais, a saber, o **sequestro** (que se volta a garantir o resultado útil do futuro confisco de que trata o art. 91, inciso II do CP) e a **hipoteca legal** e o **arresto** (que se voltam a garantir o resultado útil da futura reparação do dano causado pelo crime), **não exigem**, para o seu deferimento, que o ***periculum in mora seja concretamente demonstrado*** por meio de provas de dilapidação

⁶³ Tema repetitivo STJ 701.

⁶⁴ Por todos, citam-se os seguintes artigos: <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/nova-lei-de-improbidade-administrativa-e-a-indisponibilidade-de-bens/>
<https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=1114&artigo=nova-lei-e-mudanca-no-regramento-da-indisponibilidade-de-bens>. Acessados em: 30.03.2022.

⁶⁵ STF, PET 7069; STJ, AgRg no AgRg no RESp 1911520/PR; TRF4: ACR 5030548-22.2020.4.04.7000, j. 25 fev. 2021; ACR 5061219-62.2019.4.04.7000, j. 9 dez. 2020; ACR 5032072-88.2019.4.04.7000, j. 15 out. 2020; ACR 5031321-04.2019.4.04.7000, j. 24 jun. 2020; ACR 5031320-19.2019.4.04.7000, j. 21 mai. 2020.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

patrimonial, bastando, para tanto, indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas (*fumus bonis iuris*). No caso do sequestro de que trata o Decreto-lei n. 3240/41 (aplicável no caso de crimes de que resultam prejuízo para a Fazenda Pública), tal posição ainda se fundamenta no art. 3º do citado Decreto-lei, segundo entendimento do STJ ⁶⁶.

Veja-se, sobre o tema, excerto do voto (vencedor) proferido pelo Ministro do STF **Luís Roberto Barroso** no julgamento da PET 7069 ⁶⁷:

Finalmente, quanto ao perigo na demora da concessão da medida cautelar, reputo desnecessária a demonstração de atos concretos de dissipação patrimonial pelos agravantes, por três razões. 32. Em primeiro lugar, as medidas cautelares penais têm ínsito e presumido o risco de ineficácia. Isso porque, se não decretadas, é natural e até intuitivo pressupor que o acusado, antevendo a possibilidade de vir a ser condenado, tome providências para evitar os efeitos patrimoniais da pena.

33. Aliás, é exatamente isso o que demonstra a experiência. Mais uma vez menciono como exemplo a Ação Penal nº 470, na qual não foram determinadas medidas assecuratórias no início do feito e, posteriormente, no momento da execução da pena, boa parte dos condenados alegou não ter patrimônio suficiente para o pagamento da pena pecuniária. 34. Na criminalidade econômica, a constrição de bens é reconhecidamente o meio mais eficaz de combate à impunidade. Se, por ocasião do julgamento, os agravantes forem considerados culpados e não forem encontrados bens suficientes para satisfazer os aspectos patrimoniais da condenação, a pena aplicada terá deixado de cumprir minimamente as funções dela esperadas. 35. Por isso mesmo – e essa é a segunda razão –, o Código de Processo Penal não exige que os acusados estejam praticando atos concretos de dilapidação do patrimônio para autorizar a decretação da medida. 36. Em terceiro lugar, a medida não trará prejuízos desarrazoados aos agravantes, que, se absolvidos ao fim do processo, terão seus bens desbloqueados.

Com isso, vê-se que os requisitos para que o Estado-autor obtenha medida cautelar de indisponibilidade de bens em sede de ação de improbidade administrativa, voltada a garantir a futura reparação do dano ou

⁶⁶ STJ, AgRg no RMS 67157/MG, Dje 16/12/2021.

⁶⁷ STF, 1ª Turma, DJE09.05.2019.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

devolução dos bens havidos ilicitamente, com o novo art. 16, parágrafo 3º da Lei 8.429/92, passaram a ser **mais rígidos** do que os que têm sido exigidos para se obter **objetivos similares na via penal**.

Raciocínio semelhante se pode fazer em relação ao **novo art. 16, parágrafo 10 da Lei n. 8.429/92**, que, em **sentido diverso da jurisprudência pacificada** do STJ ⁶⁸, veda que a medida cautelar de indisponibilidade de bens, a ser aplicada sobre o patrimônio do réu, seja usada para garantir o futuro pagamento da multa civil, admitindo-a apenas para garantir o futuro ressarcimento do dano causado por ato de improbidade administrativa ⁶⁹.

Essa vedação traz para o sistema de improbidade administrativa – cuja criação, lembre-se, liga-se justamente à necessidade de proteger de modo mais amplo e efetivo a probidade administrativa – uma disciplina aplicável ao poder de cautela do juiz mais restritiva do que o poder de cautela do juiz existente em âmbito penal. Neste, a jurisprudência admite que as medidas cautelares de hipoteca legal ou arresto alcancem, respectivamente, bens imóveis e bens móveis do réu **necessários a garantir o futuro pagamento não apenas dos danos causados pelo crime, mas, também, da multa penal a ele aplicável**. Confira-se:

"A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que é possível a imposição de medidas constritivas visando, além de garantir o ressarcimento do prejuízo causado pelo Réu, abarcar o pagamento de eventuais multas e das custas processuais" (AgRg no RMS 64.068/SP, Rel.

⁶⁸ Tema repetitivo do STJ 1055: É possível a inclusão do valor de eventual multa civil na medida de indisponibilidade de bens decretada na ação de improbidade administrativa, inclusive naquelas demandas ajuizadas com esteio na alegada prática de conduta prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, tipificador da ofensa aos princípios nucleares administrativos.

⁶⁹ No caput do art. 16 da Lei n. 8.429/92 também se admite que a medida cautelar de indisponibilidade de bens seja usada para garantir a futura de devolução, pelo agente público réu, do acréscimo patrimonial decorrente de enriquecimento ilícito.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 23/10/2020). Na mesma linha o AgRg no REsp 1.803.714/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 08/10/2019 e o REsp 1.319.345/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015.

* * *

Direito Processual Penal. Agravo regimental. Arresto. Ato de corrupção. Dano moral coletivo. Pena de multa. **1. O Ministério Público possui legitimidade para requerer medidas assecuratórias da reparação de danos causados por atos de corrupção, bem como do pagamento da eventual pena de multa, seja no interesse da Fazenda Pública, seja no interesse da sociedade (CF, arts. 127, I, e 129, caput; CPP, arts. 134 e 142).** (...)4. Embora exista uma tendência de se reconhecer a possibilidade de danos morais coletivos em decorrência de atos de corrupção, ainda não houve manifestação a respeito por parte do Supremo Tribunal Federal. É prematuro, portanto, arrestar antecipadamente bens dos agravantes para assegurar a reparação dessa espécie de danos. 5. É razoável o valor estimado pelo Ministério Público Federal, de R\$ 1.686.600,00 para cada agravado, para a incidência da medida cautelar, voltada a assegurar o pagamento da eventual pena pecuniária, a ser imposta em caso de condenação. 6. Na execução das penas de multa, na Ação Penal nº 470, boa parte dos condenados procurou furtar-se ao seu pagamento alegando insuficiência de patrimônio. 7. O perigo na demora é ínsito às medidas assecuratórias penais, sendo desnecessária a demonstração de atos concretos de dissipação patrimonial pelos acusados. 8. Agravo parcialmente provido⁷⁰.

Isso significa que, diante de um ato ilícito que configure crime e, ao mesmo tempo, ato de improbidade administrativa, o Estado terá a seu alcance, na via penal, medidas cautelares de alcance **mais amplo** do que as que medidas de natureza similar previstas, atualmente, no sistema de responsabilidade previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF.

Ainda mais grave é a situação trazida para a tutela da probidade administrativa pela via da ação de improbidade administrativa com o novo **art. 17-C, parágrafo 2º da Lei n. 8.429/92**, segundo o qual, *na*

⁷⁰ STF, PET 7069.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade.

De início, percebe-se que, na parte em que o novo art.17-C, parágrafo 2º da Lei n. 8.429/92 limita a solidariedade entre correus quanto às sanções de caráter pessoal passíveis de serem aplicadas em função da prática de atos de improbidade administrativa, como a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais/creditício e multa civil, tal artigo é mera decorrência do princípio constitucional da intranscendência ou pessoalidade da pena (art. 5º, inciso XLV da CF), não havendo que se falar em inconstitucionalidade quanto a este ponto.

Entretanto, diante da redação genérica do novo dispositivo, é ainda possível se extrair dele uma **vedação à solidariedade entre correus também no que tange ao ressarcimento de dano causado ao Erário por ato de improbidade administrativa praticado em concurso de pessoas**. Dessa forma, a condenação dos correus a ressarcir o dano por eles causado ocorreria *"no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade"*.

Quanto a esse ponto, o art.17-C, parágrafo 2º da Lei n. 8.429/92 é inconstitucional.

Com efeito, antes da nova Lei, aplicava-se à ação de improbidade administrativa o entendimento jurisprudencial, pacífico no STJ ⁷¹, de que, quando o ato de improbidade administrativa causador de dano ao

⁷¹ STJ, Segunda Turma, AdInt no RESP 1687567/PR, Dje 02.03.2018; REsp 1261057/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015; REsp 1261057/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

erário fosse praticado em conjunto, por mais de uma pessoa, a responsabilidade pelo ressarcimento aos cofres públicos era **solidária**.

Esse **entendimento jurisprudencial fundava-se diretamente no artigo 942 do Código Civil**, o qual, em sentido similar ao que já constava no art. 1518 do Código Civil de 1916, estabelece que é solidária a obrigação de reparar danos decorrentes de **ato ilícito** que tenha sido praticado por mais de um autor, em concurso de pessoas. O **conceito de ato ilícito compreende, por exemplo, atos de improbidade administrativa e ilícitos penais**, daí por que a regra da solidariedade sempre se aplicou aos sistemas de responsabilidade respectivos.

O modelo, tradicionalmente adotado no Brasil, de imprimir o caráter de solidariedade à responsabilidade de coautores pela reparação de dano oriundo de atos ilícitos, reflete a escolha nacional por **prestigiar o interesse da vítima** do dano, protegendo-a contra a eventual insolvência dos coautores do ilícito ou dos seus beneficiários. Do mesmo modo, tal modelo facilita a reparação do dano e, novamente, prestigia o interesse da vítima, nas hipóteses em que não for possível precisar quem, em um grupo de pessoas, praticou o ato ilícito, ou em que proporção.

Por outro lado, sob a regra da solidariedade, os coautores do ilícito têm sua esfera patrimonial mais ameaçada, já que qualquer um deles poderá responder pela reparação integral do dano, mesmo que em valor acima da quota parte ideal de cada um. O princípio da intranscendência da pena (art. 5, inciso XLV da CF), aqui, não encontra aplicação, prevalecendo, ao revés, a necessidade de se garantir à vítima a reparação integral do dano que lhe causaram. Aliás, trata-se de modelo adotado em vários outros países - como,



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

por exemplo, pelos códigos italiano (art. 2055⁷²) e alemão (BGQ, paragrafo 830 ⁷³)

O modelo da solidariedade passiva, portanto, amplia as possibilidades de a **vítima** de um ato ilícito praticado em concurso de pessoas, e do qual decorreu prejuízo patrimonial, obter a reparação correspondente. As regras previstas nos artigos 275 e 283 do Código Civil refletem esse raciocínio.

A retirada do caráter solidário da obrigação de ressarcir o dano ao Erário no caso de atos de improbidade praticados em concurso de pessoas, tal qual fez a Lei n. 14.230/21, **coloca o Estado - que representa em juízo a vítima do ilícito** - em situação de **desproteção completa** sempre que não for possível quantificar exatamente a proporção da participação de cada correu no dano causado, situação, aliás, bastante comum na prática. Mais uma vez, a Lei n. 14.230/21 optou por oferecer uma ampla garantia ao agente público réu de ação de improbidade administrativa, mesmo que em detrimento da possibilidade de o Estado obter a integral reparação do dano, como determina a Constituição não apenas no parágrafo 4º do art. 37, mas, também, no parágrafo 5º desse mesmo dispositivo (princípio da reparação integral do dano).

Considerando que, por força do art. 942 do CC, e salvo eventuais exceções previstas em leis especiais, a responsabilidade de coautores de ato

⁷² Art. 2055. Responsabilidade solidária. Se o fato danoso é imputável a mais pessoas, todas estão obrigadas solidariamente (1292) ao ressarcimento do dano. Aquele que ressarcir o dano tem direito de regresso contra as demais, na medida determinada pela gravidade da respectiva culpa e pelo valor das consequências que daquela são derivadas (art. 1299). Na dúvida, as culpas singulares se presumem iguais.

⁷³ Paragrafo 830 (cómplices y partícipes) Tradução para espanhol: si varias personas, por un acto ilícito cometido em comum, han causado um dano, cada um es responsable del daño. Lo mismo se aplica si no puede descubrirse quién, entre varios partícipes, ha causado el dano mediante su accion. 2. Los instigadores y os partícipes estan en la misma situación como coautores.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

ilícito pela reparação dos danos causados é de natureza solidária **em qualquer sistema jurídico de responsabilização**, a opção feita pela Lei n. 14.230/21 torna o sistema de responsabilização fundado no art. 37, parágrafo 4º da CF talvez o único no ordenamento brasileiro que **escolhe dificultar, e não facilitar, a concretização do direito da vítima de ato ilícito de obter a reparação do dano, prestigiando, com isso, o patrimônio dos coautores de ato ilícito**. Até mesmo pela via da responsabilidade civil comum baseada apenas no CC, o Estado lesado contaria com a regra da solidariedade passiva para obter seu ressarcimento.

Do mesmo modo, a Lei n. 14.230/21, ao incluir o art. 17-C, parágrafo 2º na Lei n. 8.429/92, conferiu ao agente público réu da ação de improbidade administrativa garantias quanto à preservação do seu patrimônio **mais amplas** dos que atualmente existentes para os réus nas ações criminais⁷⁴ em que haja a tutela reflexa da proibidade administrativa.

É que, diversamente do que ocorre na ação de improbidade administrativa, na esfera penal o Ministério Público (quando possuir legitimidade para tanto) poderá dirigir, contra qualquer um dos que concorreram para o crime (partícipes ou autores), pedido cautelar de hipoteca legal ou de arresto de seus bens imóveis e móveis, para garantir a futura

⁷⁴ Como se sabe, um dos efeitos extrapenais decorrentes da sentença penal condenatória é a obrigação de reparar o dano causado pelo crime (art. 91, inciso I do CP). Uma vez transitada em julgado sentença condenatória por crime do qual decorre dano, a vítima (seus representantes legais ou herdeiros) pode executá-la no juízo cível a fim de obter a reparação (art. 63 do CPP). Independentemente do ajuizamento ou do curso da ação penal, a vítima poderá, também, ajuizar ação de responsabilização civil visando obter o ressarcimento do dano junto ao juízo cível (art. 64 do CPP). Além disso, a vítima do crime poderá, no curso do processo penal, pedir medida cautelar de inscrição da hipoteca legal sobre os **bens imóveis** do patrimônio do autor do crime (art. 134 e 135 do CPP), ou o arresto dos seus bens móveis (art. 137 do CPP), como forma de assegurar o pagamento da futura reparação dos danos causados pelo crime. Sendo o caso de crime que cause dano à sociedade como um todo, como os crimes ambientais ou de corrupção, as medidas cautelares poderão ser ajuizadas pelo Ministério Público, no interesse da Fazenda Pública ou da sociedade (artigos 134 e 137 do CPP), conforme acórdão do STF no julgamento da PET 7069, Min. Marco Aurélio, Relator para acórdão Ministro Luis Roberto Barroso, Dje 09.05/2019.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

reparação do dano. Todo o valor necessário à reparação poderá cobrado de apenas um deles, de alguns, ou de todos (art. 275 do CC). Aquele que quitou a dívida terá direito de regresso em face dos demais (art. 283 do CC). O mesmo raciocínio pode ser feito em relação à execução de sentença penal condenatória (art. 63 do CPP) ou ação de conhecimento civil *ex delicto* (art. 64 do CPP).

Assim, em conclusão, a Lei n. 14.230/21, ao incluir o art. 16, parágrafo 3º e 10 e o art 17-C, parágrafo 2º na Lei n. 8.429/92, conferiu ao agente público réu da ação de improbidade administrativa garantias quanto à preservação do seu patrimônio **mais amplas** dos que a atualmente existentes para os réus nas ações criminais em que haja a tutela reflexa da probidade administrativa. **Isso apesar de o Direito Penal ser o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos e, por isso, dever revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, na lição do Ministro do STF Gilmar Mendes no julgamento do HC n. 104410.**

Ao mesmo tempo, a disciplina conferida pela Lei n. 14.230/21 nos citados dispositivos legais **diminuiu** a possibilidade de a probidade administrativa ser protegida pela via do sistema de que trata o art. 37, parágrafo 4ª da CF/88, em especial de tutela ao patrimônio público. Do ponto de vista dos instrumentos que possui para fazer o réu ressarcir o dano causado ou mesmo devolver bens adquiridos ilicitamente, o Estado está mais limitado na via da ação de improbidade administrativa do que na via da ação penal. **E isso apesar de o sistema de responsabilidade de que trata o art. 37, p. 4ª da CF/88 ter sido criado especificamente com a finalidade**



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

de possibilitar uma proteção mais ampla e efetiva à probidade administrativa, afastada dos limites estreitos da dogmática penal.

Fica claro, portanto, que o art. 16, parágrafo 3º e 10 e o art 17-C, parágrafo 2º, incluídos na Lei n. 8.429/92 pela Lei n. 14.230/21, anulam as vantagens e a utilidade do sistema de improbidade administrativa previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF no que tange às modalidades de ato de improbidades mais graves, que também perfazem tipos penais. Com isso, eles retiram a coesão do sistema geral de responsabilidade jurídica de agentes públicos, tornando-o, ainda, inapto para atingir a tutela ampla à probidade administrativa, tal como determinado pela Constituição.

V.B.3.f) O art. 21, parágrafo 4º da Lei n. 8.429/92 viola o meio de proteção previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF.

Outra violação ao dever de proteção previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF/88 está no novo parágrafo 4º, artigo 21 da Lei n. 8.429/92, incluído pela Lei n. 14.230/21. Eis o seu teor:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

§ 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).

Esse dispositivo viola o art. 37, parágrafo 4º da CF/88 ao desrespeitar a escolha clara e expressa feita pelo constituinte quanto ao meio de proteção à probidade administrativa: esta deve se dar, necessariamente, por um sistema jurídico de responsabilidade **autônomo e** independente do sistema de direito penal.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

O novo parágrafo 4º do artigo 21 da Lei n. 8.429/92, incluído pela Lei n. 14.230/21, afasta a **autonomia** do sistema jurídico de responsabilidade por atos de improbidade administrativa ao prever, em breve síntese, a comunicabilidade automática entre o sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa e o sistema penal, sempre que este receber acórdão absolutório fundado em quaisquer das hipóteses de absolvição previstas no art. 386 do CPP.

Com efeito, já foi visto que, para cumprir a finalidade de mais amplamente proteger a probidade administrativa, a Constituição de 1988 **dotou o novo sistema jurídico de responsabilidade de que trata o art. 37, parágrafo 4º, de autonomia formal e material frente aos demais sistemas de responsabilidade de agentes públicos**, de que são exemplos os sistemas disciplinar, penal e político-administrativo. Um sistema jurídico de responsabilidade autônomo se caracteriza por poder incidir sobre fatos ilícitos que também sofram a incidência de outros sistemas de responsabilidade, sem, contudo, ter o seu próprio andamento e desfecho determinado pelo resultado ocorrido nos demais âmbitos.

Não é apenas a responsabilidade por atos de improbidade administrativa que, nos termos expressos do art. 37, parágrafo 4º da CF, integra um sistema que guarda autonomia em relação aos demais. Também a responsabilidade civil, fundada puramente no código civil, é, por lei, independente da responsabilidade penal (935 do Código Civil⁷⁵ e 66 e 67 do

⁷⁵ 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.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

CPP ⁷⁶), o mesmo ocorrendo em relação à responsabilidade disciplinar de servidores públicos federais, prevista na Lei n. 8.112/90 (art. 125).

Essa independência/autonomia, entretanto, é temperada pela própria ordem jurídica, por normas **que preconizam hipóteses de comunicabilidade** entre as instâncias, ou seja, situações em que as decisões dadas em uma esfera influenciarão no destino da outra.

Assim, por exemplo, no caso de fatos ilícitos que ensejem a incidência simultânea do sistema de responsabilidade civil (por exemplo, responsabilidade civil *ex delicto*) e do sistema penal, os já citados artigos 935 do Código Civil e 66 e 67 do CPP estabelecem a comunicação de efeitos entre as esferas penal e civil quando a absolvição criminal se fundar na comprovação de que o fato não ocorreu ou na comprovação de que o réu não é o seu autor, hipóteses dispostas no art. 386, incisos I e IV do CPP. **Nesses casos, a absolvição criminal vinculará o destino do feito cível**: se eventual ação por responsabilidade civil decorrente do fato ilícito (cuja inexistência ou ausência de autoria restou provada na via penal) ainda não tiver sido ajuizada, ela será obstada; se tiver sido ajuizada, ela será extinta.

O mesmo não ocorrerá, todavia, se a absolvição na esfera penal se fundar nas demais hipóteses elencadas nos incisos II, III, V, VI e VII do art. 386, ou seja, se se der em razão da (i) ausência de provas suficientes de que o fato existiu ou de que o réu é seu autor, (ii) atipicidade do fato, (iii) existência de causas que excluam a antijuridicidade ou culpabilidade penal do fato, ou, por fim, (v) da ausência de provas suficientes a embasar uma

⁷⁶ Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

condenação penal. **Nesses casos, a absolvição criminal não impactará o destino do feito cível:** se eventual ação por responsabilidade civil decorrente do fato ilícito ainda não tiver sido ajuizada, ela poderá ser proposta apesar da absolvição penal; se já tiver sido ajuizada, ela seguirá seu curso apesar da absolvição penal.

A mesma lógica está presente no caso de fatos ilícitos simultaneamente sancionáveis pelo sistema administrativo-disciplinar da Lei n. 8.112/90 e pelo sistema penal, conforme se extrai do art. 126 da citada lei federal.

Finalmente, no caso de fatos ilícitos que ensejem a incidência simultânea do sistema de que trata o art. 37, parágrafo 4^a da CF e do sistema penal, as hipóteses **de comunicabilidade** entre esses dois sistemas, **até a edição da Lei n. 14.230/21**, sempre foram mesmas apresentadas acima: a absolvição na área penal vinculava o destino da ação de improbidade administrativa **apenas** quando se fundava na **comprovação** de que o ilícito não ocorreu (inexistência do fato) ou na **comprovação** de que o réu não é o seu autor (negativa de autoria), hipóteses previstas, respectivamente, no art. 386, incisos I e IV do Código de Processo Penal.

Nessa linha, esclarecedora é a passagem a seguir transcrita, oriunda de decisão recentemente proferida pelo Ministro Gilmar Mendes ao julgar a Reclamação n. 41557/SP:

“(…) a mesma narrativa fático-probatório que deu ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de **inexistência do fato ou de negativa de autoria**, não pode provocar novo processo no âmbito do direito administrativo sancionador – círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos”.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

O STJ também tem reiteradamente afirmado em sua jurisprudência *"a independência entre as instâncias administrativa, civil e penal, salvo se verificada absolvição criminal por inexistência do fato ou negativa de autoria. Dessa forma, a absolvição criminal motivada por ausência de comprovação do elemento anímico da conduta não obsta o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa"*⁷⁷.

Entretanto, quebrando a lógica acima explanada, a Lei n. 14.230/21, no novo parágrafo 4º do artigo 21 da Lei n. 8.429/92, passou a prever que acórdão penal absolutório fundado em **quaisquer** das hipóteses previstas no art. 386 vinculará o destino de ações de improbidade administrativa sobre o mesmo fato, conduzindo à sua extinção e arquivamento.

Ocorre que a circunstância, presente na ordem jurídica pátria até a edição da Lei n. 14.230/21, de as hipóteses de comunicabilidade da instância penal com a instância da improbidade administrativa serem **apenas** as de absolvição criminal por **inexistência do fato** ou por **negativa de autoria**, e não as baseadas nos outros fundamentos previstos no art. 386 do CPP, **não derivava de opção arbitrária ou aleatória do legislador**. Antes, ela resultava da necessidade de se compatibilizar a autonomia e independência entre as instâncias (que, no caso da improbidade administrativa, tem sede na própria Constituição) e o princípio do devido processo legal em sua vertente material (art. 5º, inciso LIV da CF/88), o qual impede que a incidência

⁷⁷ STJ, AgInt no REsp 1761220 / PR, Relator Ministra Regina Helena, DJU 20/10/2021.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

concomitante de vários sistemas de responsabilidade sobre os mesmos fatos ilícitos leve a ilogicidades e/ou injustiças (vedação ao *bis in idem*).

Assim, a forma de impedir que sistemas distintos, aplicáveis ao mesmo ilícito, produzam situações injustas ou incoerentes, sem, contudo sacrificar a autonomia e independência entre as instâncias (que garante que elas possam seguir seu fluxo independentemente das demais), é justamente permitir que a decisão proferida na instância penal vincule o destino das demais instâncias **sempre que, num juízo de prognose, for possível constatar que essas instâncias, mesmo se valendo de suas próprias normas (autonomia formal), de todo modo não poderiam chegar à conclusão diversa da plasmada na decisão penal.**

E isso ocorre, justamente, quando a absolvição penal se baseia na **comprovação de que o fato não ocorreu ou na comprovação de que o réu não é o seu autor** (art. 386, incisos I e IV do CPP).

Ora, se na instância penal chegou-se à decisão de que **há provas** que demonstram que o fato não existiu ou que o réu não é o seu autor, simplesmente não há como ser alcançado resultado diverso nas outras instâncias. É que, considerando-se que, na instância penal, o escrutínio do julgador quanto a provas é o mais rigoroso possível (o que decorre da maior severidade das suas sanções e do princípio da subsidiariedade do Direito Penal⁷⁸), então a compreensão definitiva, dada no processo penal, de que o fato **não** existiu ou de que o réu **não** o praticou não terá como ser alterada em processos em curso nas demais instâncias, já que, nestes, não será possível,

⁷⁸ Pelo princípio da subsidiariedade ou da intervenção mínima, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for necessária para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

ao menos teoricamente, produzir-se mais provas e efetuar-se uma análise probatória mais rigorosa do que a efetuada no âmbito penal. **Daí por que, nessas duas hipóteses (e apenas nelas), a decisão dada no âmbito penal deve se comunicar às demais instâncias.**

Note-se que o mesmo raciocínio não pode ser feito quando a absolvição penal se dá pelas demais hipóteses elencadas nos incisos II, III, V, VI e VII do art. 386 do CP.

De fato, a absolvição penal por *não haver prova de que o fato existiu* (inc. II) ou *de que o réu é seu autor* (inc. V) ou *não haver provas suficientes para condenação* (inc. VII) decorre da aplicação de normas **peculiares** à dogmática penal e processual penal, fundadas no princípio *in dubio pro reo* e na tutela do *jus libertatis*. **Essas normas não se aplicam, por exemplo, no campo da improbidade administrativa, integrante Direito Administrativo Sancionador, que se volta à proteção à probidade administrativa, nos termos do art. 37, parágrafo 4º da CF.**

Por isso, o *standard* probatório necessário para uma condenação criminal, influenciado pelo princípio *in dubio pro reo*, pela tutela do *jus libertatis* e pelo caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, é mais profundo do que o necessário para uma condenação na esfera da improbidade administrativa. Um conjunto de provas que, para o direito penal, é insuficiente a ensejar uma condenação criminal pode naturalmente ser suficiente para ensejar uma condenação na esfera da improbidade administrativa.

Do mesmo modo, a absolvição fundada em atipicidade penal (inc. III) também decorre de peculiaridades do sistema penal que não se



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

encontram presentes no sistema jurídico de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Ora, os tipos de improbidade, em geral abertos e preordenados à tutela ampla do bem jurídico pluridimensional da improbidade administrativa, nem sempre coincidem com os tipos penais. Daí que a circunstância de um dado fato ser atípico do ponto de vista penal nada diz quanto ao enquadramento ou não desse mesmo fato na tipologia da improbidade administrativa. Como bem ensina **André Dias Fernandes**:

"Nem sempre há total coincidência entre o ilícito penal e o administrativo, de modo que é perfeitamente possível que remanesça um ilícito administrativo puro (falta residual ou resíduo heterogêneo) após a absolvição do crime pela sentença penal, a possibilitar a punição do responsável na instância administrativa. Nessa linha, prevê a Súmula 18 do STF: 'Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público'".

Por fim, a absolvição penal fundada em "*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*" (inc. VI) resulta de normas penais que tratam de institutos pertencentes exclusivamente ao Direito Penal, que não cabem na lógica própria ao sistema da improbidade administrativa, que encerra, por exemplo, regras próprias de imputação de responsabilidades.

Assim, percebe-se que, quando a absolvição penal de um dado fato ilícito se dá pelas hipóteses elencadas nos incisos II, III, V, VI e VII do art. 386 do CP, as regras próprias aplicáveis no campo da improbidade administrativa, que são diversas das aplicáveis no âmbito penal, podem perfeitamente levar a um resultado diverso, ou seja, a um juízo condenatório acerca desse mesmo fato.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

E nisso não há *bis in idem* ou injustiça alguma, sendo apenas uma decorrência direta já referida autonomia formal e material do sistema de responsabilidade jurídica por improbidade administrativa previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF, bem como do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

O Ministro do STF **Luís Roberto Barroso**, ao analisar, no julgamento da PET 3240, a constitucionalidade da concomitância de sancionamento de um mesmo fato ilícito pelo sistema de responsabilidade por improbidade administrativa e por sistema de responsabilidade político-administrativa, aplicável a agentes políticos, bem acentuou que:

“Considerando-se, então, que as instâncias punitivas são independentes entre si, a possibilidade de dupla penalização das condutas não representa qualquer violação ao princípio do *non bis in idem*. Por consequência, não há superposição entre os regimes de responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa e de responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Tratam-se, em verdade, de regimes autônomos e não excludentes”.

O novo parágrafo 4º do artigo 21 da Lei n. 8.429/92, incluído pela Lei n. 14.230/21, simplesmente **esvazia a autonomia formal e material do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa**. Ele transpõe para o sistema de responsabilidade previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF toda a dogmática de Direito Penal e Processual Penal que legitima juízos penais absolutórios, desconsiderando, com isso, que o sistema que pune a improbidade administrativa, justamente por ser autônomo, submete-se a uma dogmática própria, com regras e princípios particulares. Com isso, ele ofende diretamente o texto do art. 37, parágrafo 4º da CF.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

V.C SEGUNDO TIPO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO ART. 37, PARÁGRAFO 4º DA CF: PROTEÇÃO DEFICIENTE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.

V.C.1 COMO EXAMINAR A SUFICIÊNCIA OU NÃO DE UMA LEI PARA PROTEGER UM BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL?

V.C.1.a) Necessidade de critérios para a operacionalização do postulado da vedação à proteção insuficiente.

Mesmo que se entenda que o legislador ordinário, ao incluir ou alterar, por meio da Lei n. 14.230/21, os art. 11, *caput*, art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V, 5º e 8º, art. 16, parágrafos 3º e 10, art 17-C, parágrafo 2º e art. 21, parágrafo 4º, todos da Lei n. 8.429/92, não desrespeitou os limites formais do art. 37, parágrafo 4o da CF, mas, ao contrário, atuou em campo de legítima discricionariedade (o que se admite apenas por argumentação), **ainda assim eles violam o art. 37, parágrafo 4o da CF, porque infringem o postulado da vedação à proteção insuficiente de bens e direitos fundamentais**, que é uma **baliza material que limita o espaço do poder de conformação legislativo.**

Mas antes que se exponham as razões que embasam tal afirmação, importa estabelecer, brevemente, o método que será utilizado por esta para avaliar a suficiência ou não da Lei n. 14.230/21 em proporcionar uma tutela adequada e efetiva à proibidade administrativa. Trata-se de passo importante para se evitar subjetivismo e uma indevida incursão na atividade legítima do poder legislativo de desenhar um programa ou modelo de proteção conforme seus próprios prognósticos.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Avaliar se o legislador ordinário respeitou ou não os limites **formais** de um dispositivo constitucional, tal qual se explanou nos tópicos anteriores, não apresenta dificuldades extraordinárias, pois se trata simplesmente de cotejar o texto da lei impugnada com o texto do parâmetro constitucional de controle.

Todavia, quando a análise de constitucionalidade se dá sob o prisma do postulado da vedação à proteção insuficiente, tal qual se pretende fazer doravante, a tarefa é mais árdua.

É que a proteção conferida por lei a um bem jurídico fundamental somente poderá considerada **insuficiente** e, por isso, **inconstitucional**, caso ela não observe o **patamar mínimo** de proteção que deve ser prestada ⁷⁹, segundo ensina o jurista apontado como o formulador do conceito da proibição de insuficiência, o alemão **Claus-Wilhelm Canaris**. Como lembra **Luis Fernando Matricardi Rodrigues**, *qualquer medida acima desse nível não é controlada com base na suficiência*⁸⁰. A razão por trás disso é que, como visto, deveres constitucionais de proteção possuem, quase sempre, uma estrutura disjuntiva, podendo ser atendidos de formas alternativas e igualmente legítimas, estando a escolha de uma dessas formas compreendidas legitimamente no poder conformativo do legislador.

Entretanto, definir **o que é uma proteção abaixo da mínima** e, nesse passo, **inefetiva** e **insuficiente**, é obviamente problemático. **Robert Alexy** já alertava que *o problema da efetividade diz respeito sobretudo aos efeitos futuros de medidas presentes, ou seja, a*

⁷⁹ Direitos Fundamentais e Direito Privado. Almedina, 2003.

⁸⁰ A Proibição de Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?. 2009. Acesso em: 05/05/2022. Disponível em <<https://sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>>.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

*questões de **prognósticos*** ⁸¹ e o perigo, aqui, é haver uma substituição dos prognósticos do Poder Legislativo pelos prognósticos do Poder Judiciário sobre temas cuja competência decisória, segundo a Constituição, é apenas do primeiro, ao menos em princípio. Mais uma vez são importantes as lições de **Robert Alexy**:

“A discussão acerca da competência relativa a prognósticos fez com que ficasse claro que soluções tudo-ou-nada não são apropriadas. De um lado, **o legislador não pode partir de qualquer prognóstico e o tribunal constitucional não pode, sem limites, substituir o prognóstico do legislador pelo seu próprio; de outro lado, não é possível formular uma regra simples que delimite em todos os casos a competência de prognósticos do legislador e a competência de controle do tribunal constitucional**” ⁸².

Assim, o uso do postulado da vedação à proteção insuficiente para controlar a atuação do legislador ordinário que efetiva um dever constitucional de tutela exige o estabelecimento de critérios jurídicos objetivos que auxiliem na definição do que é uma **proteção abaixo da mínima (insuficiente)**, sob pena de ocorrer uma indevida invasão do Poder Judiciário na atividade própria ao Poder Legislativo, com ofensa ao princípio da separação de poderes.

Com tais preocupações em mente, a doutrina e as Cortes Constitucionais estrangeiras têm fornecido uma pluralidade de sugestões metodológicas voltadas a aumentar a racionalidade do processo de aplicação do postulado da vedação da proteção insuficiente, sendo que algumas delas já foram incorporadas na jurisprudência do STF.

⁸¹ Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2a Edição, 2015, p. 465.

⁸² Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2a Edição, 2015, p. 465/466.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

V.C.1.b) O método usado em julgamentos do STF para aferir a suficiência ou não de leis na proteção de bens jurídicos: modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis e a proporcionalidade.

Do exame das decisões da Suprema Corte que tratam do tema, percebe-se, sobretudo dos votos do Ministro **Gilmar Mendes**, o estabelecimento de critérios jurídicos relevantes para aferição da suficiência das leis que implementam deveres constitucionais de proteção. É o que se extrai dos votos proferidos nos julgamentos da ADI 3.112 (Dje 02/05/2007), da ADI 3510, do HC 1044010 (DJe 27.3.2012), do HC 96.759/CE, do HC 102.087/MG (DJe 14/08/2012) e do HC 106.163/RJ (Dje 14.09.2012), RE 971.959/RS (Dje 31.07.2020). A fundamentação neles contida tem sido repetida pelos demais Ministros da Suprema Corte, em diversos outros julgamentos, e será a fonte das considerações e citações feitas a seguir.

A ideia central subjacente aos votos acima referidos é resumida em citação de decisão do Tribunal Constitucional Alemão, proferida em julgamento que ficou notoriamente conhecido como caso Aborto II (BverfGE 88, 203, 1993)⁸³, em que se estabeleceu que "*o Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levam a alcançar – **atendendo à contraposição de bens jurídicos** – a uma proteção **adequada**, e como tal, **efetiva** (proibição de insuficiência) ⁸⁴".*

⁸³ O caso conhecido como Aborto II, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão (BverfG) em 1993, foi o primeiro julgamento judicial da história de que se tem notícias em que se empregou a “proibição de insuficiência”. Nessa decisão, o Tribunal Alemão decidiu pela constitucionalidade da regulação dada por lei que descriminalizava o aborto realizado em até três meses da concepção.

⁸⁴ Votos do Ministro Gilmar Mendes nas ADI 3112 e ADI 3510.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Para examinar se as medidas estatais são ou não aptas a ensejar "*uma proteção adequada e, como tal, efetiva*" ao bem jurídico (proteção suficiente), o Ministro **Gilmar Mendes** faz referência ao que ele chama, nos citados votos, de "*modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal*", baseado em níveis de intensidade ⁸⁵.

O *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis* proposto pelo Ministro **Gilmar Mendes** em seus votos adota os critérios estabelecidos pelo Tribunal Constitucional Alemão inicialmente em decisão acerca da constitucionalidade do direito de participação de empregados nos órgãos de direção de empresas privadas (BVerfGE 50, 290 (332 e s.)), os quais foram posteriormente utilizados pela Corte Alemã em vários outros casos notórios, como no chamado caso *Cannabis*, em que se discutia a criminalização do porte e uso de produtos derivados da *cannabis sativa*. (BVerfGE 90, 145) ⁸⁶. Segue trecho daquela primeira decisão da Corte Alemã:

"Mais especificamente, a prerrogativa de avaliação de que o legislador dispõe depende de fatores de diversas ordens, principalmente das especificidades da matéria em discussão, das possibilidades de se formar uma convicção abrangentemente segura, bem como da relevância dos bens jurídicos em jogo. Dessa forma, ao avaliar os prognósticos do legislador, a jurisprudência do Tribunal Constitucional lança mão de critérios diferenciados, que, embora correlacionados a outros questionamentos, **vão desde um controle de evidência até um controle material intensificado, passando por um controle de sustentabilidade ou justificabilidade**". (BVerfGE 50, 290 (332 es.)..

⁸⁵ Apesar de tal modelo se referir e ser aplicado a casos em que se questionava se determinadas leis penais eram ou não suficientes a proteger bens jurídicos penais, ele se mostra aplicável, também, ao controle de constitucionalidade de leis que buscam efetivar deveres de proteção de outras naturezas jurídicas, como é o caso da Lei n. 14.230/21. É que a atividade de elaborar uma lei que busca proteger bens jurídicos é a mesma quer estes tenham índole penal ou não, o que justifica que o seu controle constitucionalidade sob a ótica da (in) suficiência se dê pelos mesmos parâmetros, sempre com a ressalva, todavia, de que o sistema penal sofre a influência de um catálogo principiológico e de direitos fundamentais todo próprio.

⁸⁶ Modelo de controle trifásico da intervenção judicial sobre atividade legislativa, utilizado pelo Tribunal Constitucional alemão. Cf. Robert Alexy (2008), pp. 468-469.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Assim, com base em premissas metodológicas adotadas na jurisprudência alemã, o Ministro **Gilmar Mendes** propõe que **o controle de constitucionalidade de leis que busquem efetivar deveres de proteção se realize nos seguintes níveis:**

(i) no **primeiro nível**, há um “controle de evidência”, que estabelece que (i.i) o legislador possui uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico, inclusive para dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes; **(i.2)** a liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo (BVerfGE 50, 290 [332]); **(i.3)** a inconstitucionalidade será reconhecida apenas se ficar demonstrado que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, **ou** que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção (BVerfGE 79, 174 [202])⁸⁷.

(ii) no **segundo nível**, há um “controle de sustentabilidade ou de justificabilidade”, *que se orienta a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (BVerfGE 50, 290).*

⁸⁷Cf. Jürgen Schwabe, Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Trad. Leonardo Martins et al., Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 307-308. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241> (consulta em 26.04.2021)



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

(iii) no **terceiro nível**, há um “controle material intensivo”, que somente tem lugar “quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância”, situações em que “poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância”.

Nos votos que proferiu sobre o tema, o Ministro **Gilmar Mendes** afirma, ainda, que tal *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis* possui como uma das premissas o **princípio da proporcionalidade**. Confira-se:

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional*. Essas são as premissas para a construção de um *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal*, baseado em *níveis de intensidade*. (Trecho do voto proferido no julgamento do HC 104410).

O Ministro ainda se utiliza do entendimento de que o princípio da proporcionalidade, embora tradicionalmente aplicável para controlar a constitucionalidade das leis que **restringem** direitos fundamentais (na vertente da proibição do excesso), também pode ser aplicável para controlar a constitucionalidade das leis que busquem **proteger** direitos fundamentais (na vertente da proibição da proteção insuficiente), a saber:

“A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso (Übermassverbot)* e como *proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)*. No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*.

No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada”. (Trecho do voto proferido no julgamento do HC 104410).

Aqui, deve-se assinalar que, enquanto a doutrina e a jurisprudência das cortes estrangeiras e brasileiras já estão bastante desenvolvidas no sentido de aplicar o teste da proporcionalidade para controlar a constitucionalidade das leis que **restringem** direitos fundamentais, na vertente da vedação ao excesso, a pertinência de se utilizar o princípio da proporcionalidade como uma ferramenta para controlar a constitucionalidade de leis que implementam deveres de proteção, na vertente da vedação à proteção insuficiente, ainda é objeto de intensos debates.

O principal problema seria a circunstância de que, diante da estrutura essencialmente distinta dos deveres de proteção quando comparados aos deveres de abstenção, a aplicação dos conhecidos subtestes da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para avaliar a suficiência ou não da proteção oferecida por uma lei, ou seja, para avaliar uma possível omissão parcial do legislador, seria tão complexa e sujeita a subjetivismos que simplesmente traria mais problemas do que benefícios.

Por isso, seria preferível abrir mão do teste da proporcionalidade e avaliar a suficiência ou não de medidas protetivas previstas em leis através de outros métodos. Talvez como consequência disso,



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

é fato que há poucos trabalhos doutrinários e mesmo decisões judiciais, aqui e alhures, em que são explorados e desenvolvidos os modos de emprego do teste da proporcionalidade – com seus subtestes - para se aferir a suficiência ou não de leis que efetivam deveres de proteção. Em geral, os trabalhos ou se limitam a citar os institutos, mas sem desenvolvê-los, ou simplesmente partem do (equivocado) pressuposto de que aplicação dos subtestes da proporcionalidade aos deveres de proteção deve-se dar da mesma forma que aos deveres de abstenção.

Apesar disso, uma vez que as decisões do STF que tratam do postulado da proteção deficiente **invariavelmente** o vinculam à proporcionalidade, esta exordial também utilizará tal princípio para avaliar a constitucionalidade da Lei n. 14.230/21, buscando, entretanto, **adaptar a proporcionalidade à estrutura peculiar dos deveres de proteção**, tal qual orienta **Claus-Wilhelm Canaris**, para quem *"uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação⁸⁸".*

Para tanto, há que se lembrar que *é próprio aos deveres constitucionais de proteção (de que é exemplo o art. 37, parágrafo 4º da CF) que a sua implementação por lei implique em restrições à esfera jurídica dos indivíduos (leis que proíbem condutas, distribuem responsabilidades e instituem sanções). Na concretização dos deveres de proteção há,*

⁸⁸

Direitos Fundamentais e Direito Privado. Almedina, 2003.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

necessariamente, direitos e bens fundamentais **contrapostos**: de um lado, o direito ou bem fundamental que deve ser protegido pela lei por força do mandamento constitucional de tutela; do outro, o direito ou bem fundamental daqueles contra os quais a proteção se direciona (o suposto agressor). Como bem sintetizou **Luis Fernando Matricardi Rodrigues**, o legislador, ao implementar os deveres de proteção, não pode "*restringir demais*" os direitos de defesa atingidos, tampouco poderia "*proteger de menos*" os direitos de seus titulares a proteção ⁸⁹".

Assim, leis que buscam proteger direitos fundamentais muitas vezes o fazem em grau menor do que o esperado pois isso é necessário a alcançar algum outro fim legítimo sob a ótica constitucional, como, por exemplo, para evitar que a proteção legal cause restrição desproporcional aos direitos individuais **de defesa** daqueles contra os quais a proteção se direciona, ou seja, do suposto agressor. O teste da proporcionalidade entra em cena, então, **para avaliar a justificativa para uma omissão legislativa ou uma atuação legislativa deficiente (omissão parcial)**, na lição de **Laura Clérico** - talvez a autora que melhor adaptou a aplicação do teste da proporcionalidade à vedação à proteção insuficiente ⁹⁰.

Segundo ensina a jurista argentina, o foco do teste da proporcionalidade na vertente da proibição da insuficiência é verificar se a omissão legislativa total ou parcial foi perpetrada com um **fim legítimo** e é apta a, de fato, fomentar tal fim (**adequação**), bem como se ela é necessária

⁸⁹ A Proibição de Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?. 2009. Acesso em: 05/05/2022. Disponível em <<https://sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>>.

⁹⁰ El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Miguel Carbonell Editor, 2008, p. 125-174.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

a salvaguardar tal fim, ou se, ao revés, existe alternativa que prejudique menos o direito a ser protegido (**necessidade**).

Por derradeiro, segundo a citada autora, devem ser cotejados o peso do interesse na satisfação do dever de proteção e o peso dos argumentos que respaldam a omissão total ou parcial do legislador, a fim de verificar se esta omissão está ou não justificada (**proporcionalidade em sentido estrito**).

Assim, inicialmente, será avaliada a suficiência das modificações implementadas pela Lei n. 14.230/21 na Lei n. 8.429/92 para protegerem a probidade administrativa, nos termos determinados pelo art. 37, parágrafo 4o da CF, à luz dos critérios próprios do **modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis**, trazido pelo Ministro Gilmar Mendes em seus votos. Em seguida, o teste da **proporcionalidade** será usado para aferir se tais alterações são realmente adequadas e necessárias a salvaguardar os direitos e bens fundamentais dos supostos agressores, e, em caso positivo, se são proporcionais em sentido estrito.

V.C.2 PROTEÇÃO DEFICIENTE DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO ART. 11, CAPUT DA LEI N. 8.429/92.

V.C.2.a) Análise à luz do *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*.

Mesmo que se admitisse que o legislador ordinário possuía discricionariedade para deixar de tipificar como improbidade administrativa condutas que violam princípios da administração pública, tal qual fez a Lei n. 14.230/21 ao tornar taxativa a lista prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/92 (o



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

que se admite apenas por argumentação), ainda assim **a Lei, neste ponto, é inconstitucional por oferecer proteção insuficiente à probidade administrativa**, em violação ao art. 37, parágrafo 4º da CF.

Aqui, vale lembrar que o primeiro nível de intensidade do já citado *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*, ou seja, o controle de evidência, preconiza que a inconstitucionalidade de leis que implementam deveres de proteção será reconhecida apenas se ficar demonstrado que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, **ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção** (BVerfGE 79, 174 [202])⁹¹.

No caso da nova redação do art. 11, caput da Lei n. 14.230/21, está-se justamente diante de situação em que, embora o poder legislativo tenha adotado medidas de proteção, elas são **totalmente inadequadas e completamente insuficientes** para o alcance do objetivo de proteção, que, no caso, é a tutela da probidade administrativa.

Ora, deixar de incluir nas tipologias da Lei n. 8.429/92 condutas claramente violadoras dos princípios da administração pública implica, naturalmente, deixar de sancionar essas condutas por meio do sistema jurídico de responsabilidade previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF, o que equivale a deixar desprotegido parte do bem jurídico que deve ser tutelado. **É como se a Constituição tivesse determinado a proteção de**

⁹¹ Cf. Jürgen Schwabe, Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Trad. Leonardo Martins et al., Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 307-308. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241> (consulta em 26.04.2021)



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

um todo, mas a lei resolvesse proteger apenas uma parte do todo. A insuficiência de tal modelo protetivo chega a ser óbvia e tautológica.

E a Lei n. 14.230/21 ainda revogou os dois primeiros incisos do mencionado artigo, esvaziando ainda mais o dispositivo, já que tais incisos descreviam hipóteses que, pela sua abertura, permitiam que lhe fossem subsumíveis uma ampla variedade de atos desonestos e desleais à Administração.

O descompasso entre o que ordena a Constituição e o que **faz a nova lei criou um universo de condutas ímprobas que se tornaram impunes, eis que localizadas fora do raio de alcance do sistema de enfrentamento à improbidade administrativa**, como, por exemplo, a tortura policial ou o assédio moral perpetrado por servidor público, ocorrências que sempre foram reconhecidas como ímprobas pelos tribunais, mas que passaram a ser **“atípicas”** com o advento da lei n. 14.230/21.

Veja-se que o dever constitucional de proteção à probidade administrativa somente será adequado e suficientemente atendido caso toda e qualquer lesão a tal bem jurídico seja tipificada como ato de improbidade administrativa e, nessa condição, seja um ato ilícito passível de gerar a responsabilidade própria do sistema jurídico autônomo e independente criado por força do que ordena o art. 37, parágrafo 4^a da CF. Qualquer outro tipo de resposta estatal a atos ímprobos diversa da determinada pelo citado dispositivo constitucional será uma **resposta inadequada e insuficiente**.

Por isso, a eventual subsunção de violações a princípios da administração pública a ilícitos penais ou disciplinares, apesar de não mais listadas no rol taxativo do art. 11 da Lei n. 8.429/92, não é capaz cumprir



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

adequada e suficientemente o dever de proteção previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF/88.

Evidente, portanto, que deixar de sancionar como improbidade administrativa condutas violadoras de princípios da administração, tal qual fez a Lei n. 14.230/21 no art. 11 da Lei n. 8429/92, representa uma **proteção meramente parcial ao bem jurídico**. Uma **proteção insuficiente**, portanto.

V.C.2.b) Análise à luz do postulado da proporcionalidade.

A Lei 14.230/21, ao substituir o rol exemplificativo do art. 11 da Lei n. 8.429/92 por um rol fechado de condutas, claramente oferece uma proteção à probidade administrativa inferior, menos abrangente do que aquela que vinha sendo oferecida até então. Trata-se de opção legislativa que diminui o âmbito de proteção legal à probidade administrativa e aumenta as garantias em benefício do agente público réu.

Para se aferir a proporcionalidade dessa opção legislativa, há que se avaliar (i) se ela foi perpetrada com um fim legítimo e é **adequada** a alcançá-lo, e se (ii) ela é **necessária** a salvaguardar tal fim, ou se, ao revés, existe alternativa menos gravosa que igualmente possa alcançar a finalidade e prejudicar menos o direito a ser protegido. Apenas se adequada e necessária será a opção legislativa considerada **proporcional em sentido estrito**. Para tanto, são comparados o peso do interesse na satisfação do dever de proteção e o peso dos argumentos contrários, que respaldam a opção do legislador, a fim de verificar se esta opção é ou não justificada.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Pois bem. Sabe-se que a opção do legislador ordinário por fechar o rol de condutas típicas previsto nos incisos do art. 11 da Lei n. 8.429/92 foi adotada declaradamente⁹² com a finalidade de conferir **segurança jurídica** ao gestor público. Trata-se, evidentemente, de um fim legítimo. Além disso, tornar exaustiva a lista de condutas que perfazem o tipo da improbidade administrativa por ofensa a princípios da administração pública é medida apta a alcançar tal fim. Assim, tal opção legislativa possui **adequação**.

Por outro lado, a opção do legislador **não** observa o critério da **necessidade**. É que a redação anterior do art. 11, *caput* da Lei n. 8.429/92 também atendia ao princípio da segurança jurídica mas acarretava, em troca, menos consequências desvantajosas para a tutela da probidade administrativa do que ocorre com a redação atual.

Com efeito, a crítica que se fazia à redação anterior do *caput* do artigo 11 da Lei n. 8.429/92, e que declaradamente embasou a alteração promovida pela Lei n. 14.230/21, era a de que, dada a abertura semântica do seu núcleo típico e a natureza exemplificativa do seu rol de incisos, ele ofendia os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade, e, por extensão, o princípio da **taxatividade penal**, na medida em que impossibilitava que gestores públicos, de antemão, pudessem diferenciar o ímprobo do não ímprobo e se comportar de modo correspondente⁹³.

⁹² É o que se depreende análise dos elementos de informação disponíveis que integraram o processo legislativo que levou à edição da Lei n. 14.230/21. Todo o material produzido durante o trâmite dos PL 10.887, na Câmara dos Deputados, e do PL 2505, no Senado Federal, encontra-se disponível no seguinte link: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>

⁹³ Trata-se, aliás, da argumentação constante da ADIN 4295, ajuizada contra a Lei n. 8.429/92 pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN), em 2009, ainda não julgada pelo STF.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

*Ocorre que a incidência do princípio da taxatividade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador em geral, e no sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa em particular, não se dá do mesmo modo como ocorre no campo penal. E isso por que a **função desempenhada pelos tipos sancionadores da improbidade administrativa é propositadamente diferente da função desempenhada pelos tipos penais**, o que, por seu turno, reflete as particularidades do fenômeno da subsunção legal em cada um desses ramos jurídicos.*

Na área penal, o tipo legal sancionador deve descrever, da forma mais exata e estrita possível, a conduta proibida, com todas as suas elementares e circunstâncias. A razão disso está no fato de que o tipo penal se dirige à totalidade dos cidadãos (todos estão sujeitos à lei penal), os quais, por seu turno, podem fazer o que bem entenderem, salvo aquilo que as leis expressamente proibirem. Assim, o tipo penal deve ser taxativo e estrito por uma exigência de certeza e segurança jurídica: seus destinatários devem ser capazes de, só pelo conteúdo típico, diferenciar o lícito do ilícito penalmente. Afinal, tudo o que não estiver ali previsto será, em tese, permitido. Daí a exigência de se aplicar, ao sistema penal, o **princípio da taxatividade ou da determinação** (ligado aos princípios da legalidade e da tipicidade), segundo o qual o tipo penal sancionador deve ser o mais claro e preciso possível na formulação do conteúdo do tipo do injusto ⁹⁴.

O mesmo não se passa no sistema de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, cujos tipos legais proibitivos se dirigem primordialmente ao administrador público, que somente pode fazer o que a lei autoriza (princípio da legalidade), e não tudo o que a lei não proíbe.

⁹⁴ Curso de Direito Penal. Volume 1, parte geral, oitava edição, RT, 2008, p. 132-133.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

O agente público, no momento em que escolhe se ligar à Administração Pública, vincula-se voluntariamente a uma série de deveres legais, superiores aos exigidos dos cidadãos em geral, e se compromete a somente agir no limite estrito do que lhe é cabível à luz da respectiva regra de competência, da qual, supõe-se, ele tem conhecimento.

Dessa forma, embora ainda exigível a existência de um tipo legal prevendo o ato de improbidade administrativa (princípio da tipicidade), ele não necessita ser tão estrito, fechado, detalhado e preciso quanto o tipo penal, uma vez que ele será, necessariamente, **complementado pela norma legal que prevê a competência/atuação do administrador público**. O tipo legal, aqui, não desempenha exatamente o mesmo papel desempenhado pelo tipo legal penal, de funcionar como exigência de certeza, determinabilidade e previsibilidade, ou seja, como limite do que o administrador público pode ou não fazer. **Esse limite já está na respectiva regra de competência legal, repita-se.**

Uma vez que a tipificação dos atos de improbidade administrativa não se sujeita ao princípio da taxatividade ou da determinação (ou, pelo menos, não o faz na mesma intensidade com que ocorre com a tipificação de crimes), **abre-se espaço para que o legislador elabore os tipos legais sancionadores com mais liberdade, mediante a adoção de cláusulas indeterminadas e exemplificativas**, o que, aliás, é a única forma de *possibilitar que a lei acompanhe a variedade e o dinamismo que marcam as condutas capazes de violar tal bem jurídico*, **sem que isso represente ofensa à segurança jurídica do administrador público. Foi o que fez o legislador ao elaborar a antiga redação do art. 11, caput da Lei n. 8.429/92.**



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Releva notar, ainda, que, apesar de a antiga redação do art. 11 da Lei n. 8.429/92 valer-se de conceitos jurídicos indeterminados e lista exemplificativa de condutas para formar a tipologia correspondente, a caracterização de atos de improbidade administrativa com base nesse dispositivo, assim como ocorre em relação às demais espécies de ato **ímprobos, dependia da identificação, à luz de cada caso concreto, da ocorrência de efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado**, ou seja, à probidade administrativa. Isso decorre de uma das funções exercidas pelo bem jurídico, no caso, **a função interpretativa**.

Esse raciocínio amparou o entendimento, amplamente abraçado pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros, de que, para a caracterização, no caso concreto, de qualquer ato improbidade administrativa, é necessária a presença da chamada tipicidade material⁹⁵, ou seja, que a conduta afete o bem jurídico de modo relevante. Nesse sentido, por diversas vezes já decidiu o STJ que *"não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade"*⁹⁶, e a *"a má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedora dos princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados venais, suscetíveis de correção administrativa"*⁹⁷.

⁹⁵ Nesse sentido, **Emerson Garcia** reconhece a improbidade material como uma etapa a ser verificada na configuração do ato de improbidade, tendo como critério o princípio da proporcionalidade. O autor ainda aponta que a tipicidade material é necessária para afastar a aplicação desarrazoada da LIA, não permitindo o enfraquecimento de sua credibilidade (Improbidade Administrativa. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, 451). **Fábio Medina Osório** aduz que a LIA possui tipos bastante abertos, dotados de conceitos jurídicos indeterminados. Por essa razão, a interpretação de seus tipos nunca será estritamente formal, pressupondo o ingresso de valores sociais e meta-jurídicos, o que demanda a tipificação dúplex do ato ímprobo: formal e material. Dessa forma, o ato que, materialmente, não atinge os bens jurídicos protegidos pela LIA, ainda que formalmente típico, é materialmente atípico e, portanto, não constitui ato de improbidade administrativa (Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 258).

⁹⁶ STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28/09/2011.

⁹⁷ STJ, Edcl no MS 16385DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves. Primeira Seção, DJE 06.03.2013.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Assim, além de a redação anterior do art. 11, caput da LIA já oferecer **densidade normativa** suficiente a permitir que os agentes públicos pudessem ordenar suas condutas em conformidade com tal dispositivo, a sua aplicação no caso concreto apenas se dava caso restasse demonstrado que a conduta funcional em análise perfazia efetiva lesão à probidade administrativa, ou seja, violava de modo grave os deveres éticos que guiam a atuação administrativa.

Além disso, a própria Lei n. 14.230/21 cuidou de incorporar ao art. 11 da Lei n. 8.429/92 cláusulas claramente voltadas a conferir mais densidade à tipologia respectiva. É o caso do parágrafo 1º, que incorpora a noção de abuso do cargo como elemento indispensável à configuração do ato de improbidade administrativa; do parágrafo 3º, que exige *demonstração objetiva da prática da ilegalidade* para que reste configurado o ato ímprobo, e do parágrafo 4º, que exige *lesividade relevante* para que reste configurado o ato ímprobo, todos incluídos no art. 11 da Lei n. 8.429/92. Esses novos dispositivos diminuem significativamente as chances de o gestor público ser indevidamente processado e punido por atos irregulares apenas sob o ponto de vista formal, despidos de gravidade suficiente a macular o bem jurídico.

Em conclusão, constata-se que a opção legislativa adotada pela Lei n. 14.230/21 na nova redação do art. 11 da Lei n. 8.429/92 **ofende a proporcionalidade por não ser necessária**, já que existe uma alternativa a ela, a saber, a redação anterior desse mesmo dispositivo legal, que representava maior proteção à probidade administrativa e, ao mesmo tempo, também conferia aos gestores públicos segurança jurídica, sob as perspectivas da determinabilidade e da previsibilidade.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

V.C.3. PROTEÇÃO DEFICIENTE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA PELO ART. 23, PARÁGRAFO 4º (INCISOS II, III, IV E V), PARÁGRAFO 5º E PARÁGRAFO 8º DA LEI N. 8.429/92.

V.C.3.a) Análise à luz do *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*.

Mesmo que se admitisse que o legislador ordinário possuía discricionariedade para, ao incluir o art. 23, parágrafo 4º (incisos II, III, IV e V), parágrafo 5º e parágrafo 8º na Lei n. 8.429/92, retirar parcialmente a vantajosidade do sistema de responsabilização por improbidade administrativa em comparação ao sistema penal, ainda assim **a Lei 14.230/21, neste ponto, é inconstitucional por oferecer proteção insuficiente à proibidade administrativa**, em violação ao art. 37, parágrafo 4º da CF.

Aqui, vale lembrar que o primeiro nível de intensidade do já citado *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*, ou seja, o controle de evidência, preconiza que a inconstitucionalidade de leis que implementam deveres de proteção será reconhecida apenas se ficar demonstrado que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, **ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção** (BVerfGE 79, 174 [202])⁹⁸.

No caso do art. 23, parágrafo 4º (incisos II, III, IV e V), parágrafo 5º e parágrafo 8º da Lei n. 8.429/92, está-se justamente diante de

⁹⁸ Cf. Jürgen Schwabe, Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Trad. Leonardo Martins et al., Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 307-308. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241> (consulta em 26.04.2021)



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

situação em que, embora o poder legislativo tenha adotado medidas de proteção, elas são **totalmente inadequadas e completamente insuficientes** para o alcance do objetivo de proteção, que, no caso, é a tutela da probidade administrativa.

Como visto, de acordo com o art. 23, parágrafo 4º (incisos II, III, IV e V), parágrafo 5º e parágrafo 8º da Lei n. 8.429/92, com o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, passa a fluir, contra o Estado, um prazo de prescrição (intercorrente) equivalente à metade da prescrição de direito material, ou seja, **de 4 anos**, entre os seguintes marcos interruptivos: (i) entre ajuizamento da ação de improbidade administrativa e a sentença condenatória nela proferida; (ii) entre esta e acórdão de Tribunal *ad quem* que mantenha a sentença condenatória ou reforme sentença absolutória; (iii) entre este e decisão monocrática ou colegiada do STJ que mantenha acórdão condenatório ou reforme acórdão absolutório; (iv) entre esta e decisão monocrática ou colegiada do STF que mantenha decisão condenatória ou reforme decisão absolutória do STJ.

Ocorre que o **prazo de 4 anos** é sabidamente insuficiente para que sejam realizados todos os atos processuais ínsitos a cada uma das fases compreendidas entre os marcos interruptivos previstos no art. 23 da Lei n. 8.429/92.

É que ações de improbidade administrativa em geral envolvem questões fáticas e jurídicas complexas, sendo o grau de complexidade equivalente aos níveis cada vez mais altos de sofisticação das técnicas usadas por agentes públicos para praticarem atos que lesam o patrimônio público material e imaterial. Por natureza, ações de improbidade administrativa não são de simples resolução, especialmente em se tratando



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

daquelas que envolvem danos de grande monta aos cofres públicos e/ou enriquecimento ilícito, que quase sempre têm vários réus em seus pólos passivos, tratam de ilícitos praticados em concurso material ou formal, e dependem, para seu deslinde, da realização de perícias técnicas (contábeis, de engenharia, de informática, etc.), oitivas de amplo rol de testemunhas, análise de extensa documentação etc. Todos aqueles que atuam na área do combate à improbidade administrativa sabem das dificuldades para se obter a citação de réus e a localização de testemunhas, apenas para citar dois exemplos, que, embora singelos, são ilustrativos do cotidiano desse tipo de ação, e são capazes de tumultuar e paralisar o seu andamento por tempo considerável.

Assim, a natureza das questões de fato e de direito discutidas no âmbito de ações de improbidade administrativa naturalmente prolonga o tempo de duração processual correspondente. Também impacta esse tempo a chamada taxa de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, que é o percentual dos processos em curso que, a cada ano, ficam represados no Poder Judiciário, sem solução.

Veja-se que o Poder Judiciário Brasileiro possui, segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça no Justiça em Números de 2021 99, um acervo de 75,4 milhões de processos pendentes, sendo certo que, desde ao menos 2009 o número de casos novos por ano na Justiça fica acima dos 24 milhões. Seus 17.988 magistrados(as) possuem, portanto, sob sua atribuição, em média, uma carga de trabalho de 6.231 processos. Como é humanamente impossível que um juiz dê vazão imediata a tamanho acervo, naturalmente parte dele ficará represado a cada ano, o que resulta na alta

⁹⁹ Encontrado em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acessado em 7.5.2022.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

taxa de congestionamento apresentada pelo Poder Judiciário a cada ano. Em 2020, essa taxa foi **74.9%, de acordo com o CNJ**.

A combinação da complexidade ínsita às ações de improbidade administrativa e a dificuldade estrutural dos órgãos do sistema de justiça brasileiro para dar vazão à quantidade cada vez crescente de feitos judiciais que lhe são submetidos naturalmente prolonga o tempo necessário para que essa espécie de demanda seja concluída, tornando-o, de acordo com uma sucessão de pesquisas empíricas feitas no Brasil nos últimos anos, invariavelmente superior ao prazo de 4 anos escolhido pelo legislador no art. 23, parágrafos 4º, 5º e 8º da Lei n. 8.429/92.

Em uma dessas pesquisas, publicada em 2015, o CNJ revelou que o tempo médio entre o ajuizamento e o julgamento das ações de improbidade administrativa, no período de 2010 e 2013, era **04 anos, 02 meses e 27 dias**¹⁰⁰.

Também em 2015, a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) publicou estudo sobre o tempo médio de tramitação de ações de improbidade, com dados de ações em trâmite entre 1992 e 2014, constatando, então, que esse tempo médio era de **05 anos, 02 meses 23 dias**. Alguns Estados, todavia, apresentavam tempo médio bem superior à média geral, como no caso do Estado do Bahia, que demorava, em média, 8 anos e 8 meses para julgar as ações de improbidade administrativa em tramite nos seus Tribunais¹⁰¹. O estudo revelou também que os Estados com menor média

¹⁰⁰ Lei de Improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Encontrado em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>. Acessado em 7.5.2022.

¹⁰¹ Segundo se extrai do estudo, “Bahia (8,86), Amazonas (8,77), Espírito Santo (7,99) e Alagoas (7,86) são os estados que levam mais tempo para julgar, enquanto Amapá (4,79), Mato Grosso do Sul (4,53), Tocantins (4,27), Minas Gerais (4,23) e Paraná (3,44) são os estados que julgam mais rápido, conforme o Gráfico 1 e o Mapa 1”. Encontrado



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

nacional eram Tocantins e Minas Gerais, que gastavam 4 anos e dois meses para julgar as citadas ações ¹⁰².

Finalmente, em 2017, o Instituto Não Aceito Corrupção divulgou estudo em que revelou que o tempo médio de tramitação de ações de improbidade, abrangendo o período de 1995 a 2016, era de **06 anos e 08 meses** ¹⁰³.

Não se tem notícias de publicações mais recentes de dados sobre o tempo médio de duração das ações de improbidade administrativa, mas não há qualquer elemento que permita supor que esse tempo, do último estudo publicado até os dias atuais, tenha sofrido alguma redução. Muito pelo contrário: a sequência cronológica dos estudos indica empiricamente um aumento na duração média das ações de improbidade administrativa com o passar dos anos. Ademais, a própria Lei n. 14.230/21, ao mesmo tempo em que fixou um prazo de prescrição intercorrente sabidamente **aquém** do que tem sido necessário ao trâmite desse tipo de ação, trouxe para o sistema disciplinado pela Lei n. 8.429/92 elementos que possuem o potencial de retardá-lo ainda mais, como é o caso do próprio instituto da prescrição intercorrente (um incentivo para as defesas tentarem prolongar a duração do processo) e de novas regras processuais como: **(i)** a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra praticamente todas as decisões proferidas no curso da ação de improbidade (art. 16, parágrafo 9º e art. 17, parágrafo 9º-A); **(ii)** a regra que impossibilita o indeferimento de pedidos de prova formulados pelo réu, sob pena de nulidade da sentença (art. 17,

em: <https://docplayer.com.br/amp/34488841-Eixo-tematico-metodologia-en-ciencia-politica-togary-um-software-para-coleta-automatizada-de-dados-sobre-corrupcao-no-brasil.html>. Acesso em 21.3.2022.

¹⁰² <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/politica/2015/04/julgamento-por-improbidade-no-brasil-demora-em-media-cinco-anos.html>

¹⁰³ Disponível em: <http://naoaceitocorrupcao.org.br/2017/radiografia/>. Acesso em: 21.03.2022.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

parágrafo 10-F); **(iii)** a inclusão de uma nova fase de instrução, em que o juiz deverá proferir decisão com capitulação do tipo (art. 17, parágrafo 10-C); **(iv)** a obrigatoriedade de depoimento pessoal do réu (art. 17, parágrafo 18). Essas novas regras tendem a compensar o decréscimo na marcha processual advindo da extinção, pela Lei n. 14.230/21, da fase de defesa prévia.

Aliás, a grande quantidade de ações de improbidade administrativa que, desde o advento da Lei n. 14.230/21, já foram atingidas e arquivadas pela nova prescrição intercorrente **é uma evidência concreta de que o prazo de 4 anos não é suficiente** para que esse tipo de demanda seja concluída.

Isso significa que a previsão, pela Lei n. 14.230/21, da prescrição intercorrente de 4 anos, ao invés de concretizar qualquer prognóstico no sentido de reduzir o tempo de tramitação de ações de improbidade administrativa e ainda assim proteger a probidade, **terá como efeito provável ou a extinção massiva de ações de improbidade administrativa em razão da prescrição**, ou, talvez ainda, o seu julgamento artificialmente acelerado, sem que a causa esteja “madura” para tanto. Isso levará certamente a condenações precipitadas, ou, o que é mas provável, a absolvições indevidas.

Por essas razões, o art. 23, parágrafo 4º (incisos II, III, IV e V), parágrafo 5º e parágrafo 8º da Lei n. 8.429/92, incluídos pela Lei n. 14.230/21, mostram-se **visivelmente inadequados ou insuficientes** para proteger o bem jurídico objeto do dever previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF, sendo, por isso, inconstitucionais.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

V.C.3.b) Análise à luz da proporcionalidade.

A Lei 14.230/21, ao introduzir o art. 23, parágrafos 4º (incisos II, III, IV e V), parágrafo 5º e parágrafo 8º da Lei n. 8.429/92, claramente oferece uma proteção à probidade administrativa inferior, menos abrangente do que aquela que vinha sendo oferecida até então.

Para aferir a proporcionalidade dessa opção legislativa, há que se avaliar (i) se ela foi perpetrada com um fim legítimo e é **adequada** a alcançá-lo, e se (ii) ela é **necessária** a salvaguardar tal fim, ou se, ao revés, existe alternativa que também seja apta a tanto e, em contrapartida, prejudique menos a probidade administrativa. Apenas se adequada e necessária é que a opção legislativa será havida como **proporcional em sentido estrito**. Para tanto, são comparados o peso do interesse na satisfação do dever de proteção e o peso dos argumentos que respaldam a opção do legislador, a fim de verificar se ela é ou não justificada.

Pois bem. Supõe-se que a opção do legislador ordinário de introduzir a prescrição intercorrente no âmbito do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa **e de** fixá-la no prazo de 4 anos foi adotada com a finalidade de sancionar o Estado (Poder Judiciário e entes públicos dotados de legimidade ativa para a ação) por postegar indevidamente a duração de ações de improbidade administrativa, com isso protegendo o direito fundamental do réu à **razoável duração do processo** (art. 5º, inciso LXXVIII da CF).

Trata-se, evidentemente, de um fim legítimo. Entretanto, a opção adotada pelo legislador ordinário no art. 23, parágrafos 4º, incisos II,



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

III, IV e V; 5º e 8º da Lei n. 8.429/92 não se mostra apta a alcançá-lo. **Carece de adequação, portanto.**

Antes de mais nada, abrem-se parentêses: não se tem notícias de qualquer dado que aponte que a causa da demora na conclusão de ações de improbidade administrativa seja atribuível à inércia incomum ou extraordinária do Estado, quer dos entes públicos autores, quer do órgão julgador.

Quanto aos primeiros (entes públicos autores), sabe-se que não é deles a responsabilidade por movimentar o processo de conhecimento, já que, segundo norma elementar do direito brasileiro, o processo civil se desenvolve por impulso oficial do Juízo e não das partes (art. 2º do Código de Processo Civil). Além disso, a eventual desídia do autor em promover os atos e diligências que lhe incumbem leva à extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267 do antigo CPC e art. 485, inciso III do novo CPC), inclusive a pedido do réu, a demonstrar que, se o ente público autor de uma ação de improbidade administrativa for inerte no cumprimento de ato processual de sua atribuição, o processo não ficará parado; ele será extinto.

Quanto ao segundo (órgão julgador), pesquisa empírica realizada pelo CNJ demonstrou que, no total de ações de improbidade administrativa analisadas, 85% delas **não** sofreram paralisações ou suspensões inusuais no âmbito do Poder Judiciário, e que, *de um modo geral, houve apenas o tempo morto de cada processo, ou seja, a necessidade de atuação da serventia e dos demais atos processuais frente ao volume de cada uma das varas pesquisadas (aquele tempo em que o processo fica parado, aguardando a movimentação interna, intimações e juntadas). O problema é uniforme e pode ser resolvido com os processos digitais. Não se verificou*



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

atrasados específicos ou demora além do razoável para a prolação de decisões
104.

Dito isso, passa-se a demonstrar por que a opção do legislador ordinário no art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V; 5º e 8º da Lei n. 8.429/92, não é adequada a fomentar o princípio da **razoável duração do processo** (art. 5º, inciso LXXVIII da CF).

Com efeito, a “duração razoável do processo”, sendo um conceito jurídico indeterminado, exige, para a sua aplicação, a observância das peculiaridades do processo judicial em curso, já que muitos fatores, variáveis caso a caso, podem impactar na razoabilidade do tempo que o Estado leva para julgar uma lide. Por isso, o que é razoável ou não em termos de duração do processo tem sido definido, pela jurisprudência do STF, a partir de três elementos: (i) complexidade da causa, (ii) comportamentos das partes e (iii) conduta do Estado-Juiz¹⁰⁵.

Dessa mesma forma tem entendido a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao aplicar os itens 7.5 e 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os quais estabelecem a garantia da razoável duração do processo. Conforme ensinam **Marcelo Malheiros Cerqueira** e **Lucas de Moraes Gualtieri**, no caso *Suárez Rosero vs. Equador* (1997), por exemplo, a Corte Interamericana decidiu que “*compartilha o critério do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual analisou em várias decisões o conceito de prazo razoável e afirmou que se deve levar em consideração três elementos para determinar a razoabilidade do prazo de um processo: a) a complexidade do*

¹⁰⁴ Lei de Improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Encontrado em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>. Acessado em 7.5.2022.

¹⁰⁵ AGR NO HC 180.649/PI.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

assunto, b) a atividade processual do interessado e c) a conduta das autoridades judiciais” ¹⁰⁶(grifou-se).

O que o princípio da razoável duração do processo garante é que réus não permaneçam nessa posição jurídica por mais tempo do que o necessário e razoável para que o Estado julgue a lide respectiva. E o que vem a ser o tempo necessário e razoável para tanto é aferido a partir dos três elementos acima citados. Eles integram o próprio conceito de duração razoável do processo, e devem ser levados em conta pelo legislador ao desenhar os instrumentos voltados a fomentá-lo. Como a complexidade do assunto tratado no processo e o comportamento do juiz e das partes somente são aferíveis **caso a caso**, o legislador deve deixar ao juiz da causa margem para avaliá-los e, no caso concreto, reconhecer se o direito de que trata o art. 5º, inciso LXXVIII da CF foi ou não violado.

Não foi, entretanto, o que fez o legislador ao dar nova redação ao art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V; 5º e 8º da Lei n. 8.429/92. Ao prever o prazo **peremptório** de 4 anos de prescrição intercorrente, sem espaço para que o juiz avalie se o tempo de duração do processo é ou não justificável à luz da complexidade da causa e do comportamento das partes e do próprio serviço judiciário, **a Lei n. 14.230/21 não promove a duração razoável do processo, mas, apenas, premia aqueles réus que logrem protrair ao máximo a marcha processual.**

¹⁰⁶ Os retrocessos do PL Nº 10.887/2018: uma análise crítica dos riscos de impunidade na responsabilização cível por atos de improbidade administrativa. Encontrado em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25562-os-retrocessos-do-pl-n-10-887-2018-uma-analise-critica-dos-riscos-de-impunidade-na-responsabilizacao-civel-por-atos-de-improbidade-administrativa>. Acessado em: 22.04.2022.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Veja-se, aliás, que a nova previsão legal estabelece **um claro incentivo para o comportamento procrastinatório pelos réus.**

É que a própria disciplina processual aplicável às ações de improbidade administrativa permite o uso, pelo réu, de diversos instrumentos processuais que podem retardar a marcha das ações, o que, aliás, foi reforçado pela Lei n. 14.230/21. Além disso, o sistema processual brasileiro permite uma quantidade praticamente ilimitada de recursos judiciais passíveis de interposição pela defesa, o que é capaz de prolongar a duração de uma ação judicial ao infinito. Sobre o tema, **Fernando Brandini Barbagalo** é preciso ao constatar que “*o sistema recursal brasileiro só encontra limite na capacidade (ou imaginação) do defensor do recorrente*¹⁰⁷”.

Uma vez que a interposição de recursos pela defesa pode eventualmente suspender o curso do processo por improbidade administrativa¹⁰⁸, mas, por outro lado, não suspenderá a fluência do prazo da nova prescrição intercorrente prevista da Lei n. 8.429/21 (dada a ausência de previsão legal nesse sentido), percebe-se que, com o advento da Lei n. 14.230/21, a defesa dos réus terá novos incentivos para interpor incontáveis recursos e prolongar ao máximo a duração do processo, já que, com isso, o réu poderá obter o melhor dos prêmios: o encerramento do feito em razão da prescrição.

Tome-se como exemplo o que ocorre no sistema **penal** brasileiro, que há tempos é dotado de algumas modalidades de prescrição processual. Nele,

¹⁰⁷ BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminaisexcepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/documentos_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais. Acesso em 02.01.2022.

¹⁰⁸ Não só por que alguns recursos são dotados de efeito suspensivo *ex lege*, mas também por que a todos eles pode ser atribuído tal efeito por força judicial.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

tem sido rotineiro o uso estratégico, pelas defesas dos réus, da interposição sucessiva de recursos com a finalidade de postergar o andamento do processo penal e o trânsito em julgado da decisão condenatória e, com isso, alcançar a prescrição intercorrente ou retroativa. A combinação, no processo penal, de elementos como as várias modalidades de prescrição processual, o cabimento ilimitado de recursos, a ausência de efeito recursal suspensivo quanto à fluência do prazo prescricional e a vedação da execução provisória da pena, tem conduzido à ocorrência massiva da prescrição da pretensão punitiva (em geral na modalidade intercorrente) ou executória em âmbito penal, contribuindo para a disfuncionalidade do sistema de justiça penal brasileiro.

Tal preocupação, aliás, foi externada pelo saudoso Ministro do STF **Teori Zavaski**, em seu voto vencedor no julgamento do HC n. 126.292, em que se discutia a constitucionalidade da chamada execução provisória da pena:

“E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ”.

A introdução da prescrição intercorrente no âmbito da ação por improbidade administrativa, nos termos em que feita pela Lei n. 14.230/21, traz para essa esfera de responsabilização de agentes públicos os mesmos incentivos, tradicionalmente existentes na seara penal, para que as defesas procurem postergar ao máximo o andamento do processo, especialmente mediante a interposição de recursos protelatórios, com todas as consequências negativas daí decorrentes, algumas **diretas** - como a



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

impunidade de agentes públicos ímprobos, beneficiados com a extinção do processo pelo advento da prescrição intercorrente -, **outras indiretas ou colaterais**, - como o abarrotamento do Poder Judiciário com recursos judiciais de baixa probabilidade de êxito, o aumento da morosidade judicial 109 e o aumento da seletividade do sistema de justiça brasileiro 110.

Ao prever o prazo preempatório de 4 anos de prescrição intercorrente entre várias fases processuais no curso das ações de improbidade, sem espaço para que o juiz da causa avalie se o tempo de duração do processo é ou não justificável à luz, entre outros aspectos, do comportamento do réu, a Lei n. 14.230/21 produz a seguinte situação: **o mesmo sistema que oferece meios processuais infundáveis para que uma das partes retarde o andamento do processo atribui a essa mesma parte o benefício advindo da demora, ou seja, a extinção da ação.** Não é difícil antever as consequências advindas dessa equação.

Por tais motivos, a opção legislativa adotada pela Lei n. 14.230/21 na nova redação do art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V; 5º e 8º da Lei n. 8.429/92 ofende a proporcionalidade por **não ser adequada** a alcançar o fim de fomentar a razoável duração das ações de improbidade administrativa.

¹⁰⁹ Sendo escassos os recursos materiais e humanos à disposição do Poder Judiciário, o fato de este ser assoberbado por impugnações meramente protelatórias – aviadas apenas para retardar o andamento do processo e o trânsito em julgado da condenação - atinge em cheio a eficiência judicial, ou seja, a sua capacidade de dar respostas adequadas aos conflitos da vida que lhe são apresentados – essa, aliás, é a sua vocação primeira. Por resposta adequada entende-se, aqui, aquela que, a um só tempo, é correta tecnicamente e é proferida em tempo. Como consequência, ao centrar seus recursos humanos e materiais para apreciar e julgar impugnações despidas de qualquer chance de sucesso, o Poder Judiciário estará deixando de aplicar esses mesmos ativos para a resolução de conflitos que, verdadeiramente, ainda pendem de solução. Estes ficarão no aguardo de uma resposta, e a conhecida morosidade do poder Judiciário se acentuará.

¹¹⁰ É que, no Brasil, nem todos possuem condições financeiras de arcar com os custos advindos da interposição de recursos sucessivos. A lógica sugere que apenas os réus mais abastados possuem tamanha disponibilidade de recursos.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

V.C.4 PROTEÇÃO DEFICIENTE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA PELOS ART. 16, PARÁGRAFOS 3º E 10 E ART. 17-C, PARÁGRAFO 2º DA LEI N. 8.429/92

V.C.4.a) Análise à luz do modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis.

Mesmo que se admitisse que o legislador ordinário possuía discricionariedade para, ao incluir o art. 16, parágrafo 3º e 10 e o art 17-C, parágrafo 2º, na Lei n. 8.429/92, retirar parcialmente a vantajosidade do sistema de responsabilização por improbidade administrativa em comparação com o sistema penal, ainda assim a Lei, neste ponto, é inconstitucional por oferecer proteção insuficiente à proibidade administrativa, em violação ao art. 37, parágrafo 4º da CF.

Rememore-se que o primeiro nível de intensidade do já citado *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*, ou seja, o controle de evidência, preconiza que a inconstitucionalidade de leis que implementam deveres de proteção será reconhecida apenas se ficar demonstrado que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas **são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção** (BVerfGE 79, 174 [202])¹¹¹.

No caso do art. 16, parágrafo 3º e 10 e do art 17-C, parágrafo 2º, da Lei n. 8.429/92, está-se diante de situação em que, embora o poder legislativo tenha adotado medidas de proteção, elas são **totalmente**

¹¹¹ Cf. Jürgen Schwabe, Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Trad. Leonardo Martins et al., Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 307-308. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241> (consulta em 26.04.2021)



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

inadequadas e completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção, que, no caso, é a tutela da probidade administrativa.

Com efeito, nas ações de improbidade administrativa fundadas nos artigos 9 e 10 da Lei n. 8.429/92, em que as sanções passíveis de serem aplicadas ao fim do processo são de natureza pecuniária, *é natural e até intuitivo pressupor que o acusado, antevendo a possibilidade de vir a ser condenado, tome providências para evitar os efeitos patrimoniais da pena*, como disse o Ministro do STF **Luís Roberto Barroso** no julgamento da PET 7069¹¹². Ao final do processo, é bastante comum que não haja qualquer bem em nome dos réus, frustrando-se, assim, a utilidade da decisão condenatória. Daí por que se faz essencial à efetividade desse tipo de ação judicial o uso de instrumentos cautelares voltados a impedir que a passagem do tempo elimine o seu resultado útil, seja inviabilizando a recomposição do patrimônio público lesado, seja permitindo que réus ímprobos permaneçam em poder dos valores obtidos ilicitamente.

Em que pese a importância do uso de medida cautelares no curso de processos por improbidade administrativa, segundo dados CNJ, em apenas 13,49% das ações examinadas houve a decretação de medidas de indisponibilidade de bens, e em apenas 8,66% delas houve sequestro dos valores obtidos ilicitamente¹¹³.

Talvez esse seja um dos fatores que explique a insignificante taxa de recuperação de ativos desviados dos cofres públicos por atos ímprobos verificada historicamente no país. Nesse sentido, ainda segundo dados do CNJ,

¹¹² STF, 1a Turma, DJE09.05.2019.

¹¹³ A pesquisa do CNJ analisou ações ajuizadas e transitadas em julgado entre 2010 e 2013, nas cinco regiões do país. Fonte: Revista *Pesquisa Justiça* – “Improbidade Administrativa – Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

após tramitarem e serem, finalmente, executadas, 96% das ações de improbidade administrativa não resultam em qualquer devolução de valores ao Erário, embora 63,8% das ações por improbidade tenham sido julgadas total ou parcialmente procedentes.

Apesar de a baixíssima recuperação de ativos e do escasso manejo de instrumentos cautelares no curso de ações de improbidade administrativa serem alguns dos principais óbices à efetividade do sistema de responsabilidade fundado na Lei n. 8.429/92, a Lei n. 14.230/21, na redação que conferiu aos artigos 16, parágrafo 3º e 10 e 17-C, parágrafo 2º da LIA, optou por tornar ainda mais difícil alcançar o patrimônio do agente público ímprobo para fazê-lo responder pelo dano causado ao Erário ou pelo acréscimo patrimonial ilícito.

Aliás, um observador desavisado ou alheio à realidade brasileira certamente suporia, ao se deparar com tal conjunto de alterações implementadas pela Lei n. 14.230/21, que, no Brasil, há excesso de medidas cautelares e que agentes públicos inocentes têm seus bens apreendidos judicialmente como fruto de uma atuação abusiva do Estado. Os dados mostram justamente o contrário.

As alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21 no campo da apreensão de bens e recuperação de ativos desviados por atos de improbidade administrativa são, ainda, opostas a diversos entendimentos pacificados nos Tribunais Superiores, o que contraria um dos objetivos subjacentes ao anteprojeto original da Lei n. 14.230/21, elaborado por comissão de juristas presidida pelo ministro **Mauro Campbell**, do STJ. Naquele estudo, que viria a se tornar o texto original do PL 10.887/2018 (na Câmara dos Deputados), um



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

dos objetivos pretendidos era justamente o de **adaptar o texto da Lei n. 8.429/92 à jurisprudência dos Tribunais.**

Especificamente no caso da nova redação do **artigo 16, parágrafo 3º da Lei n. 8.429/92**, que exige a comprovação do *periculum in mora* para o deferimento da indisponibilidade de bens, se tal requisito for interpretado, conforme já tem sido defendido por artigos jurídicos, como a demonstração de intenção do réu de dilapidar seu patrimônio, estar-se-á diante de exigência de praticamente impossível comprovação.

É que os instrumentos tecnológicos atualmente à disposição daqueles que possuem poder econômico permitem que esses indivíduos transfiram seus ativos e bens para os mais variados destinos no mundo em apenas um clique, inclusive pulverizando-os em contas bancárias cuja titularidade é de difícil rastreamento e identificação. A dinâmica desse tipo de operação não fornece aviso prévio: ela se realiza em um só ato, sem que a intenção do agente de realizá-la tenha sido revelada por indícios anteriores. Mas, uma vez concretizada a dissipação do patrimônio, ela dificilmente poderá ser revertida, de modo que eventual e futura decisão condenatória por prática de ato ímprobo causador de dano ao Erário ou ensejador de enriquecimento ilícito fatalmente **restará frustrada.**

Aqui, importa, mais uma vez, considerar o que disse o Ministro do STF **Luís Roberto Barroso** no julgamento da PET 7069:

Finalmente, quanto ao perigo na demora da concessão da medida cautelar, reputo desnecessária a demonstração de atos concretos de dissipação patrimonial pelos agravantes, por três razões. 32. Em primeiro lugar, as medidas cautelares penais têm ínsito e presumido o risco de ineficácia. Isso porque, se não decretadas, é natural e até intuitivo pressupor que o acusado, antevendo a possibilidade de vir a ser condenado, tome providências para evitar os efeitos patrimoniais da pena.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

33. Aliás, é exatamente isso o que demonstra a experiência. Mais uma vez menciono como exemplo a Ação Penal nº 470, na qual não foram determinadas medidas assecuratórias no início do feito e, posteriormente, no momento da execução da pena, boa parte dos condenados alegou não ter patrimônio suficiente para o pagamento da pena pecuniária.

Também no caso do novo **art. 16, parágrafo 10 da Lei n. 8.429/92**, que veda que a indisponibilidade de bens alcance o valor de futura multa civil, está-se diante de regra que inviabiliza a execução de futura e eventual decisão condenatória que aplica tal modalidade de prestação pecuniária.

Aliás, sendo a multa civil uma das sanções passíveis de ser aplicadas quando do julgamento definitivo da ação por improbidade administrativa, excluí-la do alcance da indisponibilidade de bens a ser decretada no curso do processo simplesmente quebra a lógica da cautelaridade processual, que se volta a impedir que a natural demora da marcha processual torne inócua a futura decisão final condenatória.

Na prática, o art. 16, parágrafo 10 da Lei n. 8.429/92 **retira parte do poder geral de cautela** do juiz responsável pelo processo e julgamento das ações de improbidade administrativa, impedindo-o de agir para proteger o resultado útil da própria jurisdição que exerce. Sobre o tema, confira-se o que diz **Rogério Pacheco Alves**:

A multa cominada ao ímprobo está em perfeita harmonia com a medida cautelar de indisponibilidade dos bens, originalmente prevista no art. 37, §4º, da Constituição da República e que visa a assegurar a eficácia do provimento jurisdicional que aplicar sanções pecuniárias. O não adimplemento voluntário da multa aplicada exigirá a instauração de processo de execução, sendo de conhecimento geral que a inexistência de patrimônio inviabilizará o seu prosseguimento, **sujeitando o crédito respectivo ao lapso prescricional comum para a execução de dívida certa da Fazenda Pública em face do particular.** Ante a impossibilidade de conversão da multa civil em sanção de natureza diversa, constata-se a importância das medidas preliminares que visem a



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

identificar e apreender os bens do ímprobo, sempre em proporção necessária à satisfação das sanções pecuniárias passíveis de aplicação, o que é derivação direta do poder geral de cautela. Tal proceder evitará que o ímprobo dissipe seu patrimônio e afastará a inocuidade que muitas vezes assola sanções dessa natureza¹¹⁴.

Enquanto as redações dadas pela Lei n. 14.230/21 aos parágrafos 3º e 10 do art. 16 da Lei n. 14.230/21, ao debilitarem a medida cautelar de indisponibilidade de bens, dificultam, **por meios indiretos**, a efetividade das sanções pecuniárias passíveis de ser aplicadas em sede de ação de improbidade administrativa, o novo 17-C, parágrafo 2º, da Lei n. 8.429/92 possui o condão de, em alguns casos, retirar **diretamente** qualquer possibilidade de que essa espécie de sanção seja efetivada e alcance algum resultado prático.

É que, como visto, o novo art. 17-C, parágrafo 2º da Lei n. 8.429/92, ao vedar que a obrigação de reparar o dano decorrente de ato de improbidade administrativa praticado em concurso de pessoas seja imposta, em decisão judicial, a qualquer um dos réus litisconsortes, em regime de solidariedade, em algumas situações simplesmente inviabilizará que a vítima do dano (em último caso, a sociedade como um todo) receba o que lhe é devido.

Isso ocorrerá, por exemplo, nas hipóteses em que não for possível precisar quem, em um grupo de pessoas, praticou o ato ilícito, ou em que proporção. O mesmo ocorrerá quando um dos co-autores do ilícito, ou os seus beneficiários, for insolvente, ou simplesmente não for encontrado. Em quaisquer dessas hipóteses, que são, aliás, bastante corriqueiras na prática, a

¹¹⁴ ALVES, R. P. Liv Dig Improbidade Administrativa, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

vítima do dano de ato ímprobo ficará em situação de desproteção parcial ou mesmo completa.

Dessa forma, as novas redações dadas pela Lei n. 14.230/21 aos artigos 16, parágrafo 3º e 10 e 17-C, parágrafo 2º, da Lei n. 8.429/92 enfraquecem um dos mais importantes **elementos da equação** que leva à proteção da probidade administrativa, a saber, a possibilidade de o Estado alcançar o patrimônio do agente público ímprobo para fazê-lo responder pelo dano causado aos cofres públicos, ressarcindo-o, ou pelo acréscimo patrimonial decorrente de suas atividades ilícitas, devolvendo-o.

A efetividade dos instrumentos de que dispõe o Estado para atingir esses objetivos possui impacto direto e positivo na capacidade que o sistema de responsabilidade por improbidade administrativa possui de cumprir suas funções **preventiva e retributiva**. Colocando em outros termos: sem instrumentos efetivos para atingir o patrimônio do réu e lhe impor a reparação do dano causado e a devolução daquilo que obteve ilicitamente, o sistema de que trata o art. 37, parágrafo 4º da CF/88 simplesmente não consegue atingir sua finalidade, que é proteger a probidade administrativa, o que, por sua vez, dá-se pela prevenção de novas práticas e punição das que ocorrerem.

Mais uma vez, vale citar a lição do Ministro do STF Luís Roberto Barroso no voto proferido no julgamento da PET 7069 ¹¹⁵:

34. Na criminalidade econômica, a constrição de bens é reconhecidamente o meio mais eficaz de combate à impunidade. Se, por ocasião do julgamento, os agravantes forem considerados culpados e não forem encontrados bens suficientes para satisfazer os aspectos patrimoniais da condenação, a pena aplicada terá deixado de cumprir minimamente as funções dela esperadas.

¹¹⁵ STF, 1ª Turma, DJE 09.05.2019.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Por essas razões, os artigos 16, parágrafo 3º e 10 e 17-C, parágrafo 2º, da Lei n. 8.429/92, incluídos pela Lei n. 14.230/21, são **inadequados e insuficientes** para proteger o bem jurídico objeto do dever previsto no art. 37, parágrafo 4º da CF, sendo, por isso, inconstitucionais.

V.C.4.b) Análise à luz da proporcionalidade.

A Lei n. 14.230/21, ao inserir o artigo 16, parágrafos 3º e 10 e art. 17-C, parágrafo 2º, na Lei n. 8.429/92 (este último **apenas** no ponto em que ele também se dirige às condenações ao ressarcimento ao erário), oferece uma **proteção à probidade administrativa inferior ou menos abrangente do que aquela que vinha sendo oferecida** até então pela Lei n. 14.230/21.

Para aferir a proporcionalidade dessa opção legislativa, há que se avaliar (i) se ela foi perpetrada com um fim legítimo e é **adequada** a alcançá-lo, e se (ii) ela é **necessária** a salvaguardar tal fim, ou se, ao revés, existe alternativa que também seja apta a tanto e, em contrapartida, prejudique menos a probidade administrativa. Apenas se adequada e necessária é que a opção legislativa será considerada **proporcional em sentido estrito**. Para tanto, são comparados o peso do interesse na satisfação do dever de proteção e o peso dos argumentos que respaldam a opção do legislador, a fim de verificar se ela é ou não justificada.

Uma das finalidades que o legislador ordinário aparentemente quis alcançar com os novos artigo 16, parágrafo 3º (exige a comprovação do *periculum in mora* para o deferimento da indisponibilidade de bens), art. 16, parágrafo 10 (veda que a medida cautelar de indisponibilidade de bens alcance o valor da futura multa civil) e art. 17-C, parágrafo 2º, da Lei



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

n. 8.429/92 (veda que corrêus em ações por improbidade administrativa sejam condenados de modo solidário ao ressarcimento ao Erário) foi a de proteger o patrimônio do réu de ações de improbidade administrativa contra o uso excessivo ou abusivo de medidas cautelares ou contra condenações que vão além da parcela de contribuição de cada um. O direito fundamental dos réus que, no caso, estaria sendo preservado seria o de não ser privado de seus bens sem o devido processo legal substancial (art. 5º, inciso LIV da CF)¹¹⁶.

Ora, a finalidade de assegurar aos réus de ações de improbidade que seu patrimônio não sofra constringências excessivas ou de qualquer outro modo em desacordo com o devido processo legal material é, sem dúvida, legítima. Além disso, os dispositivos legais acima citados têm o potencial de alcançá-la. A opção legal é, portanto, adequada.

Por outro lado, a opção do legislador **não** observa o critério da **necessidade**. É que o modelo existente anteriormente à Lei n. 8.429/92, que entendia ser presumido o *periculum in mora* para fins cautelares, permitia a indisponibilidade de bens sobre valor da futura multa civil e permitia a condenação solidária ao ressarcimento ao Erário, **também prestigiava o devido processo legal substancial e acarretava, em troca, menos consequências desvantajosas para a probidade administrativa do que as que sobrevieram com o modelo atual**, trazido pela Lei n. 14.230/21.

Registre-se que, mesmo antes do advento da Lei n. 14.230/21, as poucas pesquisas empíricas existentes demonstravam **não haver uso abusivo** de medidas cautelares de indisponibilidade ou sequestro de bens no curso de ações de improbidade administrativa. Em uma delas,

¹¹⁶ O devido processo legal substantivo é a exigência de que o processo não seja apenas legal (procedural due process), mas, também, razoável e justo.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

dados colhidos pelo CNJ demonstram que, em apenas 13,49% das ações judiciais examinadas houve a decretação de medidas de indisponibilidade de bens, e em apenas 8,66% delas houve sequestro dos valores obtidos ilicitamente ¹¹⁷.

Também antes da Lei n. 14.230/21 já era, lamentavelmente, insignificante a taxa de recuperação de ativos desviados dos cofres públicos por atos ímprobos. A mesma pesquisa do CNJ, acima citada, revelou que, após tramitarem e serem, finalmente, executadas, apenas 4% das ações de improbidade administrativa resultavam em devolução de valores ao Erário. Apesar disso, 63,8% das ações por improbidade tinham sido julgadas total ou parcialmente procedentes.

Além de a realidade anterior à Lei n. 14.230/21 não revelar abuso na utilização dos instrumentos cautelares voltados a atingir o patrimônio dos réus de ação de improbidade administrativa e tampouco excesso de condenações por ressarcimento ao Erário, é certo que, nos poucos casos em que isso ocorria, sempre foi conferida aos réus ampla possibilidade de impugnam as decisões judiciais correspondentes.

No caso das decisões concessivas de medidas cautelares que restringem o patrimônio dos réus, era - e continua - cabível agravo de instrumento, segundo pacífica jurisprudência do STJ¹¹⁸. Como o agravo de instrumento possui efeito regressivo, ao réu que teve seus bens constrictos é assegurada a possibilidade de obter a reconsideração da decisão pelo juízo que a proferiu, ou mesmo a suspensão dos seus efeitos pelo Tribunal *ad quem*.

¹¹⁷ A pesquisa do CNJ analisou ações ajuizadas e transitadas em julgado entre 2010 e 2013, nas cinco regiões do país. Fonte: Revista *Pesquisa Justiça* – “Improbidade Administrativa – Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”.

¹¹⁸ Por todos, confira-se o Resp 1.925.492-RJ.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Para tanto, ele deve afastar ao menos um dos dois requisitos cautelares, seja demonstrando a fragilidade das razões jurídicas e fáticas invocadas pelo autor, seja demonstrando que o seu patrimônio é capaz de suportar os efeitos civis da futura condenação.

No caso de decisões que condenam réus ao ressarcimento solidário do dano (por eles causado em conjunto), sempre foi cabível o recurso de apelação, que, como se sabe, possui efeito suspensivo *ex lege*.

Enfim, o devido processo legal pertinente sempre possibilitou ampla margem para que o réu de ação de improbidade administrativa evite a constrição cautelar dos seus bens ou a sua condenação solidária ao ressarcimento, bem como para revertê-las.

Os artigos 16, parágrafos 3º e 10º, e 17-C, parágrafo 2º, da Lei n. 8.429/92, por seu turno, reduzem as já escassas chances de o Estado alcançar o patrimônio do agente público ímprobo para fazê-lo responder pela condenação à sanção pecuniária, com isso tornando menor a proteção legal conferida à probidade.

Trata-se de opção legislativa que ofende a proporcionalidade por não ser **necessária**, já que existe uma alternativa a ela, a saber, o modelo anterior à Lei n. 14.230/21, que representa maior proteção à probidade administrativa e, ao mesmo tempo, também observa o direito fundamental do réu de não ser privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV da CF).

Especificamente quanto ao art. 17-C, parágrafo 2º, da Lei n. 8.429/92, ele também se volta a prestigiar o princípio da intranscendência ou da pessoalidade da pena, previsto no art. 5º, inciso XLV da CF, segundo o qual



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A ideia subjacente ao novo dispositivo legal seria a de que o réu que praticar, em conjunto com outros réus, um ato de improbidade administrativa do qual resulte dano ao Erário apenas poderá ser obrigado a ressarcir-lo na exata proporção de sua contribuição ao dano.

Mais uma vez, a finalidade de preservar o princípio da intranscendência da pena é inegavelmente legítima. Entretanto, a vedação de que corréus respondam solidariamente pelo ressarcimento ao dano que causaram em virtude do ato ímprobo **não é apta a atingir esse fim**, pela simples razão de que o princípio previsto no art. 5º, inciso XLV da CF se aplica estritamente a penas, categoria jurídica na qual não se inclui o ressarcimento ao Erário, conforme entendimento pacífico no meio jurídico¹¹⁹. Falta, pois, adequação à medida.

No sistema de que trata o art. 37, parágrafo 4º da CF, as punições propriamente ditas ao agente público ímprobo são, apenas, a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais/creditícios e a multa civil. O ressarcimento ao Erário, por sua vez, não é uma pena, mas uma consequência necessária advinda do prejuízo causado, uma decorrência

¹¹⁹ STJ, REsp 1.184.897/PE, rel. ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 27/4/2011 (2ª Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial 606.352-SP, relatora ministra Assusete Magalhães, julgado 15/12/2015)



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

do princípio geral do direito segundo o qual aquele que causar dano a outrem tem o dever de repará-lo.

Veja-se que, mesmo a condenação pelo ressarcimento de dano causado à vítima de **crime**, se este for praticado em concurso de pessoas, configura dívida solidária, nos termos do art. 942 do Código Civil, sendo certo que, no caso, o princípio da intranscendência da pena não constitui impedimento a tanto. Aliás, o próprio art. 5º, inciso XLV da CF, sede constitucional do citado princípio, expressamente estabelece que, embora nenhuma pena possa passar da pessoa do condenado, a obrigação de reparar o dano poderá ser, nos termos da lei, *estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*.

Assim, o princípio constitucional da intranscendência, segundo o qual ninguém pode ser punido por fato alheio, não impede que correus devolvam o valor desviado em conjunto dos cofres públicos, já que tal devolução não é uma pena propriamente dita, mas, apenas, **um modo de se atingir o status quo ante**. No contexto de um dano causado a outrem por ato ilícito, vige o **princípio da reparação ampla à vítima e não o princípio da intranscendência da pena**. E, quando a vítima lesada é o poder público (ou a sociedade a que ele serve), a exigência de reparação integral está **na própria** Constituição, em seu art. 37, parágrafo 5º.

Por essas razões, o art. 17-C, parágrafo 2º, da Lei n. 8.429/92, incluído pela Lei n. 14.230/21, ofende a proporcionalidade por ser **inadequado** a alcançar o fim de prestigiar o princípio da intranscendência previsto no art. 5º, inciso XLV da CF.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

V.C.5. UM DOS CRITÉRIOS DO MODELO EXIGENTE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PROPOSTO PELO MINISTRO GILMAR MENDES: CONTROLE DE SUSTENTABILIDADE OU DE JUSTIFICABILIDADE.

Como visto, os critérios usados por esta peça para analisar a suficiência ou não dos art. 11, *caput*, art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V, parágrafos 5º e 8º; art. 16, parágrafos 3º e 10; art 17-C, parágrafo 2º da Lei n. 8.429/92, com as redações dadas pela Lei n. 14.230/21, para ofertarem uma proteção efetiva e adequada à probidade administrativa, são aqueles citados pelo Ministro **Gilmar Mendes** no *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*, que se divide nos seguintes três níveis de intensidade: **(i)** no **primeiro nível**, há um “controle de evidência”; **(ii)** no **segundo nível**, há um “controle de sustentabilidade ou de justificabilidade”; **(iii)** no **terceiro nível**, há um “controle material intensivo”.

A análise sob o prisma do **primeiro nível de controle** já foi realizada nos tópicos anteriores desta peça, em que se demonstrou que nenhum dos dispositivos acima citados é apto a superar sequer o **primeiro nível de controle**, uma vez que as medidas nele previstas são “*visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico*”, no caso, da probidade administrativa. Além disso, elas violam o postulado da proporcionalidade.

Isso, por si só, já torna despicienda a avaliação das novas regras da Lei n. 8.429/92 sob o prisma dos **outros dois níveis de controle**, os quais guardam entre si uma relação de subsidiariedade. **A inconstitucionalidade por violação à vedação da proteção deficiente já foi verificada no primeiro nível de controle.**



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Apesar disso, parece relevante tecer, ainda que sucintamente, algumas considerações acerca das modificações implementadas pela lei n. 14.230/21 na Lei n. 8.429/92 à luz do **segundo nível de controle** adotado pelo Ministro **Gilmar Mendes** em seus votos, vale dizer, à luz do chamado "**controle de sustentabilidade ou de justificabilidade**".

O "controle de sustentabilidade ou de justificabilidade" consiste em uma espécie de método de análise ou de ferramenta argumentativa que foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão¹²⁰ para ser usada em suas decisões sobre a constitucionalidade de leis, inclusive de leis que efetivem deveres de proteção, de modo a evitar ofensas à separação de poderes. A premissa central desse método de análise é que a instância constitucionalmente competente para tomar uma decisão deve fazê-lo levando em consideração **todos os fatores que estavam à sua disposição, no momento da tomada da decisão, capazes de influir nos interesses contrapostos que serão afetados em razão do que vier a ser decidido.**

O ônus de demonstrar que a decisão levou em conta todos os fatores disponíveis é da instância decisória (que, em geral, é o poder legislativo). E **o tribunal constitucional correspondente poderá exercer o controle sobre a razoabilidade dessas justificativas**, basicamente aferindo se a instância decisória se valeu da sua margem de ação de modo sustentável.

¹²⁰ Isso ocorreu inicialmente em decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã acerca da constitucionalidade ou não do direito de participação de empregados nos órgãos de direção de empresas privadas (BVerfGE 50, 290). Posteriormente, esses critérios foram usados pela Corte Alemã em vários outros casos notórios, como no caso *Cannabis* (BVerfGE 90) e Aborto II (BVerfGE 88, 203).



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Em se tratando de leis que implementam deveres de proteção, quem tem o ônus de demonstrar que ela foi elaborada mediante "*cuidadas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis*" é o Poder Legislativo. Nessa linha, o Tribunal Constitucional alemão, ao decidir o já citado caso Aborto II, definiu que "*as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, **basear-se em cuidadas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis***" (BVerfGE 88, 203(254)). Além disso, nessa mesma decisão a Corte Alemã definiu que "*o legislador deve submeter a seleção e a conformação de seu plano de proteção a uma avaliação constitucionalmente sustentável, de tal sorte que com ele a proteção à vida intrauterina seja tão protegida quanto o exige a proibição de insuficiência*"(BVerfGE 88, 203 (262)) .

A sustentabilidade ou não da avaliação feita pelo legislador ao elaborar uma lei que busque implementar um dever de proteção depende da circunstância de ele ter agido de modo **diligente no sentido de se municiar, conforme a natureza do caso, de dados empíricos e das informações técnicas eventualmente existentes à época para, então, desenhar o modelo de proteção**, bem como para fazer um juízo sobre os resultados que se espera alcançar com tais medidas (juízo prognóstico).

Se o legislador tiver atuado em conformidade com essas exigências de diligência, e se a lei não for evidentemente insuficiente a proteger o bem jurídico (o que foi avaliado no primeiro nível de controle, o controle de evidência), a jurisdição constitucional deve tolerá-la e não pode invalidá-la, ainda que as medidas por ela propostas não pareçam as mais acertadas. Em decisão sobre a constitucionalidade ou não de lei que limitava



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

a produção de alimentos por moinhos (*BVerfGE* 39, 210), o Tribunal Constitucional alemão fixou tal entendimento:

“O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação (discricionariedade) na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas [*BVerfGE* 25, 1 (17); 38, 61 (87)]. Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações (dados da realidade social) possível ao legislador quando da elaboração da lei [*BVerfGE* 25, 1 (12 s.)]. **Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os (eventuais) erros (que vierem a ser revelar no futuro, n. org) sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados”.**

No chamado caso *Cannabis*, em que se discutia a criminalização do porte e uso de produtos derivados da *cannabis sativa* (*BVerfGE* 90), o Tribunal Constitucional Alemão deixou de invalidar tal política antidrogas, por concluir que, dada a ausência de consenso acadêmico-científico sobre o tema, o legislador disporia de ampla margem de discricionariedade para a definição dos prognósticos e da melhor forma de lidar com o problema.

Enfim, o segundo nível do “*modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*”, preconiza que, ao avaliar determinada lei, *deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – os quais serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira*



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

sustentável e justificada”, segundo ensina o Ministro **Gilmar Mendes** em seus votos nas ADIns 3112 e 3150.

Trazendo essas considerações para o caso em comento, vê-se que a Lei n. 14.230/21, no ponto em que incluiu, na Lei n. 8.429/92, os art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V, parágrafos 5º e 8º, art. 16, parágrafos 3º e 10, art. 17-C, parágrafo 2º e art. 21, parágrafo 4º, **não passa no segundo nível do modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis, ou seja, no controle de justificabilidade e sustentabilidade.** Explica-se.

Como visto, a Lei n. 14.230/21, ao incluir os dispositivos acima citados na Lei n. 8.429/92 (i) tornou taxativa a lista de atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração pública (art. 11, caput); (ii) introduziu a prescrição intercorrente no âmbito do processamento das ações por improbidade administrativa, fixando-a em 4 anos (art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V; parágrafos 5º e 8º); (iii) exigiu a comprovação do *periculum in mora* para o deferimento da indisponibilidade de bens (art. 16, parágrafo 3º); (iv) vedou que a indisponibilidade de bens alcance o valor da multa (art. 16, parágrafo 10); (v) vedou a solidariedade entre correus condenados ao ressarcimento ao erário (art 17-C, parágrafo 2º); (iv) tornou a absolvição penal, fundada em qualquer das hipóteses do art. 386 do CPP, automaticamente comunicável à ação de improbidade administrativa (art. 21, parágrafo 4º).

Juntos, os novos dispositivos da Lei n. 8.429/92 vão na direção de diminuir o âmbito de proteção legal à probidade administrativa e aumentar as garantias e formalidades processuais em benefício do agente público réu. A ampliação em favor do réu foi tamanha que a sua posição



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

jurídica no contexto do sistema de combate à improbidade administrativa se tornou mais vantajosa quando comparada à posição ocupada pelo réu no sistema penal, quando se esteja diante de atos ilícitos tipificados simultaneamente como improbidade administrativa e crime.

Entretanto, a Lei n. 14.230/21 é um diploma normativo que, ao alterar a Lei 8.429/92, encontra seu fundamento constitucional no art. 37, parágrafo 4º da CF, ou seja, ela é uma lei que busca implementar o dever constitucional de proteção à probidade administrativa. Disso decorre que a defesa da Lei n. 14.230/21, **ao ampliar a tutela aos interesses do suposto agressor e não os do Estado vítima, encerra elevado ônus argumentativo, no sentido de justificar tal opção**, devendo-se demonstrar que ela se baseou no maior número de informações técnicas e dados empíricos possível e que o novo modelo, por ela criado, embora tenha diminuído a proteção à probidade administrativa, ainda assim seria apto para tutelar o bem jurídico de modo adequado e efetivo (suficiente, portanto).

Com a devida vênia, segundo se depreende da análise dos elementos de informação disponíveis que integraram o processo legislativo que levou à edição da Lei n. 14.230/21¹²¹, não parece que o legislador ordinário, ao menos no que tange aos dispositivos da Lei n. 8.429/92 ora impugnados, *"levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de "maneira*

¹²¹ Todo o material produzido durante o trâmite dos PL 10.887, na Câmara dos Deputados, e do PL 2505, no Senado Federal, encontra-se disponível no seguinte link: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

*sustentável”, como exigido no segundo nível do citado *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*.*

Com efeito, sabe-se que a redação do PL 10.887/18 (que viria, no futuro, a se tornar a Lei n. 14.230/21) inicialmente apresentada à Câmara dos Deputados, em novembro de 2018, foi fruto do trabalho de uma comissão de juristas formada ainda em 2018, coordenada pelo Ministro do STJ Mauro Campbell. O anteprojeto produzido pela comissão passou por debates no âmbito da sociedade civil e no mundo jurídico, tendo ocorrido, entre 2018 e 2020, **14 audiências públicas** a seu respeito.

Em 21/10/2020, foi apresentado o **primeiro** substitutivo ao PL 10887/18, alterando substancialmente a sua redação original, derivada do anteprojeto da comissão de juristas. Para o que interessa a esta peça, o primeiro substitutivo do PL 10887/18 passou a (i) exigir a comprovação do *periculum in mora* para o deferimento da indisponibilidade de bens, **sendo que o anteprojeto previa exatamente o contrário**¹²²; (ii) vedar que a indisponibilidade de bens alcançasse o valor da multa civil, **sendo que o anteprojeto previa exatamente o contrário**¹²³; (iii) vedar a solidariedade entre correus condenados ao ressarcimento ao erário, **sendo que o anteprojeto previa exatamente o contrário**¹²⁴.

¹²² Redação do anteprojeto: Art. 16 (...). § 2o. O pedido de indisponibilidade será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

¹²³ Redação do anteprojeto: Art. 16. (...) § 4o. A constrição deverá recair sobre bens que sejam suficientes para a garantia do ressarcimento ao erário dos prejuízos patrimoniais alegados e da multa civil, independentemente da época de sua aquisição.

¹²⁴ Redação do anteprojeto: Art. 18. (...) § 2o. Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação far-se-á no limite da participação de cada qual, admitida a condenação solidária quando presentes os requisitos cabíveis.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Tais alterações propostas no primeiro substitutivo **estão em sentido oposto à jurisprudência pacífica do STJ sobre o tema**, o que, por seu turno, contraria um dos objetivos que o anteprojeto elaborado pela comissão de jurista visava alcançar, a saber, o de adaptar o texto da Lei n. 8.429/92 à jurisprudência dos Tribunais¹²⁵.

Em **15/06/2021**, foi apresentado o **segundo substitutivo** ao PL 10887/18, com diversas alterações ao substitutivo anterior. Para o que interessa a esta peça, o segundo substitutivo (i) introduziu a prescrição intercorrente no âmbito dos processamento das ações por improbidade administrativa, fixando-a em 4 anos entre vários marcos processuais, **o que não constava nem no anteprojeto original, nem no primeiro substitutivo**; (ii) tornou a absolvição penal, fundada em qualquer das hipóteses do art. 386 do CPP, automaticamente comunicável à ação de improbidade administrativa.

Ainda no dia **15/06/2021**, a Câmara conferiu regime de urgência ao trâmite do PL 10887/18. **Um dia depois, no dia 16/06/2021, o PL 10887/18, com a redação dada pelo segundo substitutivo, foi votado e aprovado pela maioria da Câmara dos Deputados.** No mesmo dia, tal projeto de lei foi remetido ao Senado. Neste, agora sob o número 2505, tendo sido o PL foi aprovado no dia **05/10/2021**.

Não se tem notícias de que ,após a apresentação, em **21/10/2020**, do primeiro substitutivo ao PL 10887, tenham sido promovidas, pela Câmara dos Deputados, novas audiências públicas em torno do tema. Ademais, entre a apresentação do segundo substitutivo ao PL 10887/18 e a

¹²⁵ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

sua aprovação pela Câmara dos Deputados não ocorreram audiências públicas e, tampouco, qualquer outro tipo de discussão aprofundada pela sociedade a seu respeito, **dada a óbvia ausência de tempo hábil para tanto, já que entre um e o outro transcorreu apenas um dia.** Também não se tem notícias de que o texto do PL 2505/21, durante os pouco mais de três meses em que tramitou no Senado, tenha sido discutido em audiência pública.

Dessa forma, percebe-se que, salvo a nova redação dada pela Lei n. 14.230/21 ao *caput* do art. 11 da Lei 8.429/92 (que, desde o anteprojeto da comissão de juristas, já havia sido modificada), os demais dispositivos da Lei n. 8.429/92 impugnados nesta ação por ofenderem o art. 37, parágrafo 4º da CF, resultaram dos substitutivos 1 ou 2 ao PL 10887/18. Estes, embora tenham promovido mudanças estruturais no anteprojeto elaborado pela comissão de juristas, e apesar do evidente potencial que tais alterações possuíam de impactar negativamente o alcance da proteção à probidade administrativa, **não passaram por debates públicos.**

Especificamente no caso dos art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V; parágrafos 5º e 8º e art. 21, parágrafo 4º da Lei n. 8.429/92, os quais veiculam duas das novas regras mais prejudiciais à tutela da improbidade administrativa atualmente previstas na LIA, a situação é ainda mais grave, posto que eles foram aprovados **no dia seguinte à sua inclusão no PL 10.887/18,** com isso não permitindo **qualquer nível** de discussão pública a respeito. Esses dispositivos foram aprovados **sem qualquer análise a respeito da sua aptidão para de fato proteger a probidade administrativa** e sem qualquer prognóstico quanto às consequências possivelmente advindas da sua aprovação.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Aliás, quanto à prescrição intercorrente prevista no art. 23, parágrafos 4º, incisos II, III, IV e V, parágrafos 5º e 8º da Lei n. 8.429/92, o impacto negativo sobre a tutela da probidade administrativa deu-se quase que imediatamente à sua entrada em vigor. Desde então, uma avalanche de processos judiciais já foram extintos em razão da aplicação retroativa das novas regras de prescrição¹²⁶.

A grande quantidade de ações de improbidade administrativa que, desde o advento da Lei n. 14.230/21, já foram atingidas e arquivadas pela nova prescrição intercorrente é uma evidência concreta de que o prazo de 4 anos não é suficiente para que esse tipo de demanda seja concluída. Nesse sentido, os últimos estudos empíricos elaborados até o momento no país apontam que o tempo necessário para que o Poder Judiciário sentencie ações de improbidade administrativa é de 06 anos e 08 meses¹²⁷.

Apesar disso, o segundo substitutivo do PL 10.887 previu uma prescrição intercorrente de 4 anos, bem inferior à média indicada pelos estudos empíricos então existentes. **Não se tem notícia acerca das justificativas apresentadas para tal opção legislativa, tampouco de que ela tenha se apoiado em informações aptas a demonstrar a suficiência e adequação de tal prazo para tutelar a probidade administrativa.**

Na verdade, a única justificativa para a prescrição intercorrente de 4 anos encontrada em todo o processo legislativo do qual

¹²⁶ Como se sabe, na sessão do dia 18.08.2022, o STF finalizou o julgamento do ARE n. 843.989 (com repercussão geral), em que reconheceu que as novas regras sobre prescrição intercorrente e prescrição de direito material inseridas na LIA pela Lei n. 14.230/21 não retroagem para beneficiar o réu.

¹²⁷ Disponível em: <http://naoaceitocorrupcao.org.br/2017/radiografia/>. Acesso em: 21.03.2022.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

resultou a Lei 14230/21 consta de pareceres da CCJ no Senado, voltados a analisar emendas parlamentares contrárias à nova regra. Assim, ao tratar do tema, o parecer 14/2021, da CCJ no Senado, afirma o seguinte:

“Igualmente relevante a preocupação do Senador Lasier Martins com os prazos prescricionais previstos no Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, em especial, da prescrição retroativa, reputo que a opção legislativa feita pela Câmara dos Deputados é devidamente oportuna e conveniente do ponto de vista político e adequada e proporcional, no sentido jurídico, **haja vista dispor a jurisdição de todos os meios necessários para tutela da probidade no prazo previsto na proposição, a exemplo da elaboração de prioridades institucionais do Poder Judiciário ou de programas de metas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ**”. Grifei.

Ou seja, o legislador fez um prognóstico de que a jurisdição conseguiria tutelar a probidade administrativa de acordo com o novo prazo de 4 anos, com o auxílio, por exemplo, *“de elaboração de prioridades institucionais do Poder Judiciário ou de programas de metas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ”*, sem, contudo, embasar-se em qualquer estudo que apontasse no mesmo sentido. **Os únicos estudos existentes sobre o tema indicam exatamente o contrário!**

E mais: ao mesmo tempo em que fixou um prazo de prescrição intercorrente sabidamente aquém do que tem sido necessário ao trâmite desse tipo de ação, a Lei n. 14.230/21 ainda trouxe para o sistema disciplinado pela Lei n. 8.429/92 elementos que encerram o potencial de retardá-lo ainda mais, como é o caso do próprio instituto da prescrição intercorrente (um incentivo para que os réus prolonguem a duração do processo) e de várias novas regras processuais.

Algo semelhante se pode dizer de quase todos os demais artigos da Lei n. 8.429/92, com redação dada pela Lei n. 14.230/21, impugnados nesta ação por ofensa ao art. 37, parágrafo 4º da CF, ou seja,



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

mais especificamente do art. 16, parágrafos 3º e 10, do art. 17-C, parágrafo 2º, do art. 21, parágrafo 4º. Além de terem sido introduzidos no PL 10887 pelos substitutivos, não se tem notícias de que o legislador tenha se municiado de dados empíricos e informações técnicas na tentativa de compreender o impacto que tais dispositivos imprimiriam à tutela da probidade administrativa.

Por tais motivos, conclui-se que a Lei n. 14.230/21, ao menos no ponto em que introduziu, na Lei 8.429/92, o art. 16, parágrafos 3º e 10, o art. 17-C, parágrafo 2º, o art. 21, parágrafo 4º e o art. 23, parágrafo 4º, incisos II, III, IV e V, parágrafos 5º e 8º, não observou a margem de ação legislativa de maneira sustentável, tal qual exigido no segundo nível do *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis*, sendo, também por isso, insuficiente a ensejar uma proteção efetiva e adequada à probidade administrativa.

VI- DA TUTELA DE URGÊNCIA DE CARÁTER LIMINAR.

O deferimento do pedido de concessão de tutela de urgência em caráter liminar no bojo de Ação Direta de Inconstitucionalidade pressupõe a demonstração, pelo Requerente, da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) e do fundado receio de que a demora no julgamento final cause dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

No que tange à plausibilidade jurídica da alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, tem-se que esta resta devidamente demonstrada pelos fundamentos expostos na presente exordial.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Já no que se refere ao *periculum in mora*, sabe-se que os dispositivos impugnados nesta ação entraram em vigor em 25.10.2021, conforme expresso no art. 5º da Lei n. 14.230/21, de modo que já estão produzindo seus efeitos há alguns meses. Desde então, os prejuízos à proteção à probidade administrativa advindos da sua aplicação a ações judiciais e investigações em curso têm sido sentidos pelos órgãos do Ministério Público em todo país.

Diariamente inúmeras ações de improbidade administrativa são extintas em razão da aplicação das novas regras relativas à prescrição intercorrente (art. 23 da LIA) ou das normas que restringem a tipologia dos atos de improbidade por violação a princípios (art. 11 da LIA). Outros tantos inquéritos civis públicos são encerrados em razão da incidência das novas regras que preveem a comunicabilidade automática dos efeitos penais (art. 21, parágrafo 4º).

Outrossim, em função da alteração no caput do art. 11 da LIA e da revogação dos seus incisos I e II, os órgãos do MP têm deixado de instaurar investigações, cujos fatos, embora evidentemente ofensivos à lealdade e à integridade institucionais, atualmente se mostram atípicos à luz das novas regras.

Caso tais alterações legislativas sejam, somente com o julgamento final desta ação, consideradas inconstitucionais por essa Suprema Corte, os prejuízos oriundos do encerramento prematuro e indevido de incontáveis ações de improbidade administrativa ou investigações cíveis tendem a ser irreversíveis.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

Em igual sentido, as novas regras, previstas nos art. 16, parágrafos 3º e 10 e no art. 17-C, parágrafo 2º da Lei 8.429/92, têm deixado desprotegido o interesse do Estado de garantir, no curso de ações de improbidade administrativa, o resultado útil de futuras condenações a penas pecuniárias, ou mesmo de possibilitar a reparação ao dano ao erário causado por réus em concurso.

E, enquanto o Estado, por meio de seus órgãos de acusação e julgador, vê-se impedido de alcançar o patrimônio de agentes públicos ímprobos, estes, por seu turno, veem-se com ampla liberdade de se desfazerem de seus bens e, com isso, escaparem de uma das principais ameaças que a prática do ato de improbidade pode gerar, a saber, a possibilidade de uma restrição patrimonial ser imposta aos seus autores.

Obviamente, caso tais alterações legislativas sejam, somente ao fim do julgamento desta ADIN, consideradas inconstitucionais por essa Suprema Corte, os prejuízos oriundos da impossibilidade de o Estado alcançar o patrimônio de agentes públicos ímprobos tendem a ser irreversíveis. O impacto será sentido por toda a sociedade, titular do direito fundamental à Administração proba.

Por esses motivos, estando presentes os requisitos legais essenciais, é fundamental a concessão da medida liminar ora pleiteada, a fim de que seja determinada a **suspensão imediata** da eficácia do art. 2º da Lei n. 14.230/21, - no que diz respeito às alterações por ele promovidas no art. 11, *caput* (quanto à retirada da palavra *notadamente*), incisos I e II (revogação), art. 16, parágrafos 3º e 10, art. 17-C, parágrafo 2º, art. 21, parágrafo 4º, art. 23, parágrafos 2º, 3º, 4º, incisos II, III, IV, V, 5º e 8º, da Lei n. 8.429/92.



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

VII – DOS PEDIDOS.

Com base no exposto, a ANPR requer:

- a) a distribuição desta Ação Direta de Inconstitucionalidade por dependência às ADIs 7042 e 7043, ajuizadas em 06/12/2021, as quais impugnam dispositivos da mesma Lei 14230/2021, que alterou a Lei 8429/92;
- b) o recebimento e o regular processamento da presente ação de controle concentrado, conforme o rito da Lei 9868/99;
- c) O deferimento de medida cautelar, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, para que se suspenda imediatamente a eficácia (i) do art. 2º da Lei n. 14.230/21, no ponto em que alterou ou revogou o art. 11, *caput*, incisos I e II; (ii) do art. 16, parágrafos 3º e 10; (iii) do art. 17-C, parágrafo 2º, (iv) do art. 21, parágrafo 4º, (v) do art. 23, parágrafos 2º, 3º, 4º, incisos II, III, IV, V, parágrafos 5º e 8º – todos da Lei n. 8.429/92.
- d) as subseqüentes colheitas das informações da Presidência da República e do Congresso Nacional, bem como do Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, parágrafo 3º da CF/88, além da manifestação do Procurador-Geral da República;
- e) em julgamento de mérito, requer seja julgado **procedente o pedido**, a fim de que seja **declarada definitivamente a inconstitucionalidade** do **(i)** do art. 2º da Lei n. 14.230/21, no ponto em que alterou ou revogou o art. 11, *caput*, incisos I e II; **(ii)** do art. 16, parágrafos 3º e 10; **(iii)** do art. 17-C, parágrafo 2º, **(iv)** do art. 21, parágrafo 4º, **(v)** do



TORREÃO & ROLLER
ADVOGADOS

art. 23, parágrafos 2º, 3º, 4º, incisos II, III, IV, V, parágrafos 5º e 8º – todos da Lei n. 8.429/92.

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília – DF, 05 de setembro de 2022.

Fernando Torreão de Carvalho
OAB/DF 20.800

André Fonseca Roller
OAB/DF 20.742

Felipe de Oliveira Mesquita
OAB/DF 34.673