



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE – UFS
PRO-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO

**SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTISMO NA NOVA SISTEMÁTICA DE
IDENTIFICAÇÃO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Bruna Barbosa de Góes Nascimento

SÃO CRISTÓVÃO/SE
2023

BRUNA BARBOSA DE GÓES NASCIMENTO

**SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTISMO NA NOVA SISTEMÁTICA DE
IDENTIFICAÇÃO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Linha de Pesquisa: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos

Área: Constituição e processo

Orientadora: Professora Doutora Flávia Guimarães Pessoa

**SÃO CRISTÓVÃO/SE
2023**

BRUNA BARBOSA DE GÓES NASCIMENTO

**SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTISMO NA NOVA SISTEMÁTICA DE
IDENTIFICAÇÃO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Flávia Guimarães Pessoa
Presidente

Profa. Dra. Viviane Coêlho Séllos-Knoerr
Membro externo

Profa. Dra. Luciana Aboim Machado
Membro interno

São Cristóvão/SE, 10 de fevereiro de 2023.

RESUMO:

A insegurança jurídica trazida pela lei de improbidade administrativa em sua redação original, com a amplitude dada aos princípios e conceitos jurídicos indeterminados no contexto do neoconstitucionalismo vigente, fez surgir a necessidade de melhor delimitação legal de sua tipologia, da redefinição de seu elemento subjetivo e da estruturação do devido processo legal aplicável ao seu processamento. A segurança jurídica foi reforçada com a redação da Lei n.º 14.230/2021 em que se previu expressamente a aplicação da sistemática do direito administrativo sancionador aos fatos sob sua regência. A dissertação busca relacionar esse intento de segurança jurídica com o garantismo penal, referido expressamente na legislação mencionada. A hipótese do trabalho em apresentação é que a Lei n.º 14.230/2021 trouxe ganhos consideráveis em termos de aplicabilidade e de segurança jurídica ao expressamente identificar a persecução judicial dos atos de improbidade como sujeitos ao regime do direito administrativo sancionador. De modo semelhante, a consensualidade, estabelecida nos termos da nova redação, com expressa previsão e delineamento de requisitos para a celebração do acordo de não persecução cível, será apresentada como representativa de ganhos em termos de respeito ao devido processo legal numa perspectiva garantista. Para tanto, a dissertação apresentará as principais inovações trazidas na atual sistemática, relacionando teoria e prática, enfrentando a jurisprudência mais atualizada sobre o tema, bem ainda os possíveis efeitos que delas poderão advir.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade; garantismo; consensualidade; direito administrativo sancionador.

ABSTRACT:

The legal uncertainty brought about by the administrative improbity law in its original wording, with the scope given to undetermined legal principles and concepts in the context of current neoconstitutionalism, raised the need for a better legal delimitation of its typology, the redefinition of its subjective element and the structuring of the due legal process applicable to its processing. Legal certainty was reinforced with the wording of Law No. 14,230/2021, which expressly provided for the application of the system of sanctioning administrative law to the facts under its regency. The dissertation seeks to relate this intent of legal certainty with criminal guaranteeism, expressly referred to in the aforementioned legislation. The hypothesis of the work presented is that Law n. ° 14.230/2021 brought considerable gains in terms of applicability and legal certainty by expressly identifying the judicial prosecution of acts of impropriety as subject to the regime of sanctioning administrative law. Similarly, consensus, established under the terms of the new wording, with an express provision and outline of requirements for the conclusion of the civil non-prosecution agreement, will be presented as representative of gains in terms of respect for due legal process in a guaranteeing perspective. Therefore, the dissertation will present the main innovations brought in the current system, relating theory and practice, facing the most up-to-date jurisprudence on the subject, as well as the possible effects they may have.

KEYWORDS: Improbity; legal guaranteeism; consensus; sanctioning administrative law.

SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTISMO NA NOVA SISTEMÁTICA DE IDENTIFICAÇÃO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTISMO COMO EXPRESSÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	15
2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS VERTENTES.....	16
2.2 PRINCÍPIOS, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIDADE JUDICIAL: RISCOS E ESPAÇOS DE INCERTEZA NA APLICAÇÃO DA LIA.....	23
2.3 O PROCESSO JUDICIAL COMO GARANTIA DO INDIVÍDUO: ORIGENS DA LIA E DIFICULDADES PRÁTICAS DE SUA APLICAÇÃO EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL...	27
2.4 ALTERAÇÕES DA LEI N.º 14.230/2021 E A CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE COMO EXPRESSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	35
2.5 SEGURANÇA JURÍDICA E APROXIMAÇÃO COM O SISTEMA GARANTISTA DO DIREITO PENAL COMO EXPRESSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	39
3 ALTERAÇÕES DA LIA E ADOÇÃO DO GARANTISMO NO PROCESSO JUDICIAL.....	44
3.1 ANÁLISE DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJETO: NÍTIDA POSTURA GARANTISTA DO LEGISLADOR REFORMADOR.....	44
3.2 A EXIGÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO E A QUESTÃO DO DOLO ESPECÍFICO.....	48
3.3 A RESTRIÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE EM RAZÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO.....	51
3.4 NOVO PRAZO PRESCRICIONAL E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PARA O AJUIZAMENTO DAS AÇÕES E SUA APLICAÇÃO A AÇÕES EM CURSO.....	54
3.5 LIMITAÇÃO DE SITUAÇÕES DE INDISPONIBILIDADES DOS BENS E LIMITES À PENHORABILIDADE DE VALORES.....	60

4 AVANÇOS DA NOVA LIA COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA NEGOCIADA E DE SEGURANÇA JURÍDICA DO INDIVÍDUO.....	64
4.1 RETOMADA DA LIA AO SEU PONTO DE ORIGEM: REDUÇÃO DO ALCANCE E APLICAÇÃO A ATOS DE DESONESTIDADE.....	68
4.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NO ÂMBITO DA LIA COMO EXPRESSÃO DA CONSENSUALIDADE.....	70
4.3 TIPOLOGIA E TAXATIVIDADE DOS ATOS ÍMPROBOS: APROXIMAÇÃO COM A NOVA LINDB.....	73
4.4 ALTERAÇÕES SUBSTANCIAIS NO REGIME DAS SANÇÕES E A VINCULAÇÃO À PROPORCIONALIDADE.....	78
4.4.1 Ampliação de prazos de restrição de direitos políticos e de capacidade administrativa.....	78
4.4.2 Aplicação reduzida de sanções em caso de ofensa de pouca monta.....	79
4.4.3 Exclusão da suspensão dos direitos políticos em hipóteses de atos trazidos no art. 11.....	80
4.4.4 Perda da função pública que o agente esteja ocupando por ocasião do julgamento (art. 12, §1º)	81
4.4.5 Exclusão da defesa preliminar no rito processual (§ 7º do art. 17)	82
4.5 APLICABILIDADE DA NOVA LIA NO ARCAFOUÇO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DO GARANTISMO PENAL: A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE.....	83
4.6 SEGURANÇA JURÍDICA, NOVA LINDB E REDUÇÃO DOS RISCOS DE ABUSO DE AUTORIDADE DOS ENTES ESTATAIS.....	90
5 CONCLUSÕES.....	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101
APÊNDICE A - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REPRESSIVO CONCENTRADO E DIFUSO NA LEI N.º 8.429/92 APÓS AS ALTERAÇÕES CONFERIDAS PELA LEI N.º 14.230/2021.....	109

1 INTRODUÇÃO

A estreia da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) no ordenamento jurídico na década de 1990, apesar da sua pretensão honrosa de dirimir a impunidade por danos ao erário, suscitou desconfiança sobre sua eficiência. Em seu ineditismo, essa legislação também promoveu dúvidas sobre a sua natureza jurídica, principiologia aplicável e competência para seu processamento. Durante as décadas de vigência, os tribunais, os doutrinadores e os próprios legisladores formularam soluções para questões formais e materiais do enfrentamento dos atos de improbidade administrativa. A compreensão do quadro normativo da LIA foi desafiada com a edição da Lei n.º 14.230/2021, responsável por alterar significativamente o conteúdo original.

Mais de vinte artigos da Lei n.º 8.429/1992 (LIA) foram modificados, revogados ou incluídos, sendo tão significativa sua formatação que pode ser tratada como uma nova lei de improbidade administrativa. A proposta de reforma resultou de análises, de debates e deliberações de comissão própria, usando as exatas palavras da justificativa do projeto de lei. Afastando-se de proposituras legais que apenas atendiam a interesses políticos partidários, houve uma preocupação prioritária em sua elaboração com a técnica empregada. Algumas modificações, entretanto, representaram mera revisão redacional, para adaptação de linguagem; retificação de pequenas falhas e correções de técnica legislativa.

O seu objeto de concentração, que é a responsabilização por ato de improbidade, manteve-se. O novo marco legal passa a delimitar com melhor técnica a tipologia das condutas alcançadas pela legislação. A caracterização do ato passou por transformação em seu conteúdo. A conceituação aberta do ato de improbidade, que após décadas de vigência do texto original parecia ter alcançado certa estabilidade, sucumbe frente aos valores do devido processo legal. A dimensão proibitiva e punitiva da LIA ganha destaque e o conteúdo dos dispositivos passa a se aproximar de proteções típicas do Direito Penal.

Em que pese estabelecida constitucionalmente, a natureza da responsabilização por ato de improbidade administrativa sempre suportou discussões sobre a incidência de instrumentos típicos do Direito Penal, a exemplo de questões como a proporcionalidade das sanções, a perenidade da produção probatória, a retroatividade da norma mais benéfica e a valoração da confissão.

Nascida na década de 1990, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) surge como mecanismo de reforço no combate à impunidade, em razão da dificuldade de se punir aqueles que praticavam atos de corrupção no âmbito do Direito Penal.

O Direito Penal, em razão do foro por prerrogativa função e das dificuldades que se tinha de processamento nessas situações, mostrou-se ineficiente na punição daqueles atos de corrupção praticados, principalmente, por agentes políticos. A ausência do foro por prerrogativa de função daria à LIA um maior alcance de responsabilização, além de viabilizar o rápido ressarcimento ao erário, uma das principais finalidades descritas no projeto de lei da legislação original.

Ocorre que durante seu período de vigência não se alcançou, em termos de combate aos atos de corrupção, os objetivos pretendidos na ampliação da responsabilização e muito menos na repatriação de valores desviados. Experiência recente foi a Operação Lava Jato, que concentrou o combate à corrupção no âmbito do Direito Penal e de medidas assecuratórias processuais penais, reduzindo-se, mais uma vez, a importância da LIA na defesa da coisa pública.

A hipérbole do Direito Penal, identificada na última década, ocorre especialmente em razão da edição de um conjunto de leis - Lei das Organizações Criminosas e Lei de Lavagem de Capitais – que institucionalizaram a possibilidade de colaboração premiada e a autonomia do crime de lavagem de capital, desatrelando-o da necessidade de comprovação de conduta criminosa antecedente. A natureza de crime permanente dessas condutas criminosas, em cotejo com a identificação de agentes atuando em coautoria, viabilizou a decretação de um conjunto de medidas cautelares, especialmente conduções coercitivas, prisões temporárias e preventivas.

Neste cenário, e por não contar o processo de apuração por atos de improbidade administrativa de idênticos instrumentos de busca de prova e de coerção, a LIA perdeu a primazia na atenção do mundo jurídico e, especialmente, dos agentes encarregados de apurar e ajuizar as demandas relativas a tais fatos. O Direito Penal passa a preponderar no combate à corrupção.

Apesar do destaque prático na responsabilização criminal por dano ao patrimônio público, a intervenção penal esbarra na limitação imposta por sua principiologia. A efetivação do ressarcimento ao erário é efeito secundário da sentença penal condenatória sujeitando-se à presunção de não culpabilidade. A reintegração do numerário desviado não é a prioridade da legislação penal, enquanto a LIA busca especialmente o ressarcimento do dano provocado ao erário com a prática do ato ímprobo.

A particularidade da LIA, tanto em relação ao seu objeto, quanto aos seus mecanismos, impediu sua atrofia durante a vigência do texto original, de modo que mesmo diante de críticas à técnica legislativa manteve-se vigente no ordenamento brasileiro. Sua

perenidade não implica em conservação integral de seu texto, até porque o Direito é uma ciência mutante, tal qual a sociedade a que regula.

A humanidade é mutante e ao longo das últimas décadas existiu considerável aceleração em seu processo evolutivo. O Brasil vivenciou momentos importantes em sua história, de ordem, social, política, tecnológica. Como resultado, a atividade legislativa intensificou-se, assim como a atuação do Poder Judiciário.

Merece destaque, nas últimas décadas, o fenômeno da excessiva judicialização, que tem causado a necessidade de intervenção judicial nos demais poderes da República para garantir tanto a proteção a direitos difusos e coletivos quanto para resguardar a moralidade pública.

O protagonismo do Poder Judiciário no cenário nacional reverberou no combate ao ato de improbidade administrativa. O Novo Código de Processo Civil, que no presente momento não faz mais jus ao adjetivo, inaugura o prestígio institucional das soluções consensuais, como expressão do resgate à função típica judicial que é a resolução dos conflitos.

Ocorre que a redação original da LIA vedava expressamente a utilização dos métodos consensuais, com fundamento na indisponibilidade do interesse público. A proibição impediu durante o auge da deflagração da Operação Lava Jato que acordos celebrados com colaboradores no âmbito penal pudessem contemplar a responsabilização por ato de improbidade administrativa, tendo em algumas oportunidades frustrado sua celebração, deixando, por consequência, de repatriar grandes somas aos cofres públicos. Subjaz a questão da violação do princípio do *ne bis in idem*.

Em 2015, a Medida Provisória n.º 703/2015 passa a autorizar a utilização das medidas de transação, acordo e conciliação em ações de improbidade que estivessem em trâmite. A medida de urgência, que não fora ratificada tempestivamente, perdeu eficácia no primeiro semestre de 2016, suscitando, enquanto vigeu, questionamentos e divisão de opiniões. Tinha-se com a LIA um instrumento de combate à corrupção de natureza não penal, mas que passava a se distanciar diametralmente da processualística cível e a negar o próprio sistema judicial nacional e internacional de solução pacífica de conflitos.

Vários debates foram instaurados em torno do tema e finalmente em 2019, através da Lei n.º 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, passa-se a admitir a solução consensual e a expressamente estabelecer o acordo de não persecução cível. Neste mesmo período, em razão de um conjunto de decisões dos tribunais superiores que estabeleceram critérios para aplicação de medidas mais restritivas e instrutórias no âmbito criminal – condução

coercitiva, colaboração premiada e prisões processuais -, a ação de improbidade administrativa como instrumento de combate à corrupção retoma sua importância original, e passa a ser novamente o ponto central de estudos e discussões.

A Lei de Improbidade Administrativa já vigorava há quase 30 (trinta) anos, identificando-se a necessidade de um conjunto de atualizações. Tais alterações, veiculadas através da Lei n.º 14.230/2021, transformaram de tal modo a lei original que se pode dizer que se trata de uma nova lei de improbidade administrativa. E, nos termos da hipótese do trabalho em apresentação, isso não é necessariamente ruim. Ao contrário, traz a todos aqueles que se arriscam de algum modo a se relacionarem com a Administração Pública um reforço em termos de segurança jurídica, de garantias processuais e de respeito ao devido processo legal.

A insegurança jurídica trazida pela lei de improbidade administrativa em sua redação original, com a amplitude dada aos princípios e conceitos jurídicos indeterminados no contexto da atual hermenêutica constitucional, fez surgir a necessidade de melhor delimitação legal de sua tipologia, da redefinição de seu elemento subjetivo e da estruturação do devido processo legal aplicável ao seu processamento.

Compreender as inovações da sistemática do direito administrativo sancionador veiculadas na nova Lei de Improbidade Administrativa e fornecer uma análise da possibilidade da aplicação mitigada do garantismo penal, com o estabelecimento de parâmetros seguros ao julgador, passa a ser tarefa obrigatória a todos os que atuam ou pretendem atuar com qualidade técnica necessária neste amplo e tormentoso campo de atuação profissional e docente.

A dissertação em apresentação, intitulada **SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTISMO NA NOVA SISTEMÁTICA DE IDENTIFICAÇÃO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Flávia Guimarães Pessoa, constitui o trabalho de conclusão apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Constitucionalização do Direito (PRODIR) da Universidade Federal de Sergipe (UFS).

O resultado apresentado é reflexo de um conjunto de estudos ocorridos no âmbito das disciplinas cursadas e da atuação no grupo de pesquisa “A hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais” vinculado ao Programa. Reflete, especificamente, os estudos e habilidades trazidas na linha de pesquisa 01 do PRODIR, “processo de constitucionalização dos direitos e cidadania”.

As pesquisas contaram, ainda, com a valorosa participação de professores e de mestrandos integrantes de grupos de pesquisa, possuindo aderência com a atuação acadêmica e profissional da autora, tanto na cátedra quanto em suas pesquisas.

Diante das significativas alterações da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), importa investigar cientificamente sua repercussão – se positiva ou negativa – em respeito aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

O problema que inspirou as pesquisas consubstanciadas na dissertação que se apresenta versa sobre o tema central da segurança jurídica. A insegurança jurídica trazida pela lei de improbidade administrativa em sua redação original, com a amplitude dada aos princípios e conceitos jurídicos indeterminados no contexto do neoconstitucionalismo brasileiro, fez surgir a necessidade de melhor delimitação legal de sua tipologia, da redefinição de seu elemento subjetivo e da estruturação do devido processo legal aplicável ao seu processamento.

O objetivo do trabalho acadêmico é compreender as inovações da sistemática do direito administrativo sancionador veiculadas na nova redação da Lei de Improbidade Administrativa e fornecer uma análise da possibilidade da aplicação mitigada do garantismo penal, com o estabelecimento de parâmetros seguros ao julgador.

A hipótese que se sustenta é que a nova redação da lei de improbidade, inaugurada pela Lei n.º 14.230/2021, trouxe ganhos consideráveis em termos de respeito ao devido processo legal e de segurança jurídica ao expressamente identificar a persecução judicial dos atos de improbidade como sujeita ao regime do direito administrativo sancionador, com todas as repercussões que este reconhecimento acarreta.

A dissertação adota o método hipotético-dedutivo e recorre à pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial. Aduzida a hipótese, ela é cotejada com argumentos favoráveis e contrários (teste de falseabilidade) a fim de verificar se, ao final, ela é refutada ou corroborada. Os argumentos mencionados são extraídos de consulta a doutrina especializada, a legislação pertinente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O tema, por seu próprio objeto, entrelaça saberes elaborados no âmbito do direito constitucional, direito processual, direito penal e direito administrativo.

No decorrer das pesquisas e do desenvolvimento do trabalho, um conjunto de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal alterou sobremaneira a redação e o conteúdo da Lei de Improbidade Administrativa, merecendo uma especial atenção e exigindo dedicação extraordinária no acompanhamento das mesmas.

Para o desenvolvimento da análise são apresentados três tópicos centrais, além da introdução e da conclusão.

O tópico 2 enfrenta conceitos basilares para a compreensão do tema. É desenvolvido um breve resgate sobre o contexto histórico e político de criação da Lei de Improbidade Administrativa, além de enfrentados os principais pontos de discussão sobre a redação legislativa original, tais como a existência de conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade judicial nas responsabilizações. O devido processo legal é analisado enquanto valor fundante, a partir do qual o garantismo é discutido, sendo sucedido pelo valor de segurança jurídica, como meio e fim para a proteção da Administração Pública sem desrespeito aos direitos do indivíduo.

No tópico 3, a reforma da LIA é discutida. O garantismo processual é examinado frente às justificativas legislativas para a reforma, a partir das mais significativas alterações veiculadas no texto, tais como: a exigência do dolo específico, a legitimidade para o ajuizamento, o prazo prescricional para propositura e processamento, a dinâmica recursal, e cabimento de medidas acauteladoras. Essas e outras alterações expressariam a racionalização do sistema punitivo, permitindo ao indivíduo a máxima expressão das garantias processuais constitucionais. Como consequência de maior garantismo haveria segurança jurídica.

O tópico 4 trata da segurança jurídica proporcionada pela Nova Lei de Improbidade Administrativa. Além dos ajustes conceituais, a ampliação das práticas negociais é discutida como uma expressão de modernização e adequação à abertura do sistema jurídico brasileiro para soluções consensuais e colaborativas. Neste ponto do trabalho a segurança jurídica também é analisada sob o viés do impacto proporcionado por todas as alterações estabelecidas. A retroatividade ou não da Lei n.º 14.230/2021 é objeto de importante reflexão, visto que retoma a proximidade com a Direito Penal, não se descurando do risco de ensejar o esvaziamento da responsabilização por ato de improbidade administrativa.

No decorrer das pesquisas houve um conjunto de decisões do Supremo Tribunal Federal que alteraram significativamente pontos centrais das reformas pretendidas, sendo essas decisões objeto de análise crítica no decorrer de toda a obra que se apresenta, de modo transversal.

As conclusões sintetizam as percepções sobre a adequação axiológica promovida pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa e o impacto prático das alterações ao promover garantismo e a segurança jurídica expressariam a concretização do devido processo legal. A nova redação afasta qualquer especulação sobre eventual natureza penal da LIA,

aproximando-a, entretanto, a tal sistema punitivo em termos de garantias. Por fim, apresenta como desfecho uma discussão sobre a segurança jurídica, os limites e as possibilidades da responsabilização por ato de improbidade após a reforma da Lei.

A segurança em torno dos limites e possibilidades da responsabilização por ato de improbidade tende a ampliar a eficiência de sua aplicação, diminuindo revisões, margens de discricionariedade e, principalmente, perseguições e punições arbitrárias tanto por órgãos de controle quanto pelo Ministério Público, eventual colegitimado, nos termos da mais recente jurisprudência, e pelo Poder Judiciário.

2 SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTISMO COMO EXPRESSÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

As normas há muito se fazem presentes na humanidade. Não há, contudo, como fixar com precisão sua essência, especialmente em razão da constante modificação de seu conceito com o passar do tempo. Estarão, entretanto, sempre relacionadas à noção de poder.

A instituição e a trajetória do Estado moderno, com a divisão do poder entre as funções legislativa, executiva e judiciária e a afirmação da lei como fonte de direitos e de deveres, impondo-se tanto ao indivíduo quanto ao Estado, são dois pontos relevantes para a compreensão do estágio atual do Estado de Direito e da correlata noção de segurança jurídica.

Leciona René David que na França, berço do que se convencionou denominar de Estado de Direito moderno, os tribunais antes da Revolução de 1789 fixavam jurisprudências, no que eram seguidos pelos juízes. O direito comum na França era bem mais a jurisprudência dos tribunais do que a legislação elaborada pelo parlamento. Tal fato, em razão da insegurança jurídica que criava, influenciou sobremaneira o ideário dos revolucionários, defensores do Estado de Direito. (DAVID, 2002, p. 58)

No Estado de Direito, as constituições escritas reforçam a institucionalização e a despersonalização do poder político, alicerce do Direito Constitucional moderno. (BONAVIDES, 2003, p. 144) Esclarece Jorge Miranda que o Estado Constitucional diverge do Estado absolutista em vários planos:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral. Em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do estado, o estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes, a representação política. (MIRANDA, 2000, p. 84)

Traz a Constituição uma limitação que envolve todo o modo de se conceber o poder. Ela representa um sistema de valores da vida pública, sendo o Estado, por todos os detentores de parcelas de poder, indissociados dela. (MIRANDA, 2000, p. 85)

O Estado de Direito, apresenta-se, num primeiro momento, como Estado de Direito Liberal, também denominado Estado Liberal burguês. (MIRANDA, 2000, p. 86) Neste modelo de Estado, o poder do político é limitado em razão de sua divisão em três funções típicas. Ensina Jorge Miranda que são postulados de tal modelo:

O realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada a par das liberdades. A recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por se entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por recear, no plano prático, a força de associação dos mais fracos economicamente); e desvios aos princípios democráticos (apesar de sua proclamação formal), nomeadamente através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidades políticas (sufrágio censitário). (MIRANDA, 2000, p. 87)

Esclarece José Afonso da Silva que a ideia matriz do princípio da legalidade, em sua concepção original, está em que “só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir com a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições.” (AFONSO DA SILVA, 1996, p. 401)

Nesse contexto, a ideia de constitucionalização se espraia ao processo, associando-se à restrição do poder estatal e ao império da lei (*rule of law*). Tal restrição de poder se dá por meio de três ordens de limitação: repartição das funções do poder – legislar, administrar e julgar – entre órgãos distintos e independentes; limitações processuais, que exigem de tais órgãos uma atuação com base na lei e conforme ao devido processo legal; e limitações materiais, substantificadas em valores básicos e direitos fundamentais (BARROSO, 2015). Será apenas no seio de um estado de direito que se pode compreender a existência do devido processo legal.

2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS VERTENTES

O devido processo legal, princípio-base e cláusula geral principiológica do direito processual brasileiro, está consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Leciona Rui Porta Nova (1997, p. 145) que “o devido processo legal é uma garantia da cidadania, constitucionalmente prevista em benefício de todos os cidadãos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, com as garantias processuais, como o desenvolvimento legítimo do processo de acordo com normas previamente estabelecidas”.

Assim, não basta que o indivíduo tenha direito ao processo, tornando-se também necessária à sua absoluta regularidade formal e material, com efetividade e legitimidade.

Do ponto de vista da história, o devido processo legal surgiu na Inglaterra através da expressão “*the law of the land*” inserida na Magna Carta *Libertatum* de 1215, documento imposto pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra como consectário de suas árduas

reivindicações – proteção do direito à terra frente ao monarca –, sendo aplicado, no entanto, sob a perspectiva estritamente formal.

Posteriormente, a fim de contemplar a tutela dos direitos individuais, não previstos em redação original (1787), em 1791 o devido processo legal foi incorporado ao Constitucionalismo dos Estados Unidos da América, através da Emenda n.º 5:

Ninguém será obrigado a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade, ou de seus bens, sem o processo legal. Nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização.¹

Não obstante a Emenda n.º 5 ter incorporado o devido processo legal à Constituição Americana de 1791 com objetivo declarado de tutelar os direitos individuais, o devido processo legal continuou a ser aplicado, de forma semelhante à Inglaterra, sob a perspectiva meramente instrumental.

Em 1868, com a Emenda n.º 14, a Constituição Americana abarcou os direitos individuais consagrando o trinômio vida-liberdade-propriedade a fim de proteger os indivíduos dos abusos estatais, suscitando o que viria a ser conhecido como a imposição de limites ao poder Estatal e enaltecendo a aplicação do devido processo legal.

Na esteira do movimento humanitário que inundou o direito após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, o devido processo legal ganhou nova dimensão, presente em Declarações em defesa dos direitos humanos, instrumentalizando a dignidade da pessoa humana como norte e fundamento dos ordenamentos jurídicos.

Colocada no contexto dos fundamentos, a dignidade da pessoa humana se torna referencial para o controle da normatização, inclusive constitucional, exigindo sua efetivação e servindo de parâmetro para a interpretação de todas as normas e atos dos poderes constituídos. Passa, de igual modo, a parametrizar as relações entre particulares.

No transcurso desse movimento, a vigente Constituição Federal do Brasil trouxe em seu art. 5º, LIV, a cláusula principiológica do devido processo legal, conferindo proteção especial aos direitos e garantias fundamentais ao estabelecer no § 1º, do art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, bem ainda, inserindo

¹ Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_direitos_eua_1789.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20devido%20para%20responder,ningu%C3%A9m%20poder%C3%A1%20pelo%20mesmo%20crime

os direitos e garantias fundamentais no rol de cláusula pétreas, como se avista em seu art. 60, § 4º, IV.

Neste sentido:

Como cláusula geral principiológica de sede constitucional consubstanciando importantes vetores axiológicos e teleológicos, deve-se reconhecer a força normativa da exigência ética da dignidade da pessoa humana, dotando-a de plena eficácia jurídica nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos, o que só se incrementa a partir da organização de procedimentos legítimos e a utilização dos mecanismos interpretativos de ponderação/razoabilidade no âmbito das relações processuais. (FREIRE, 2012, p 73).

No campo do direito processual, a adoção da dignidade da pessoa humana como norte e fundamento evidenciou-se no instituto da constitucionalização do processo, conferindo nova dimensão ao princípio do devido processo legal, revestindo-o de verdadeiro devido processo constitucional.

Desse modo, a consagração da cláusula principiológica do devido processo legal (*due process of law*) através de suas vertentes *procedural due process of law* e *substantive due process of law* resultou de um processo histórico evolutivo e gradual.

De acordo com a primeira vertente - *procedural due process of law* - o devido processo legal “significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.” (FREIRE, 2012, p. 68).

Já para a segunda vertente - *substantive due process of law* – o devido processo legal “refere-se a maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a decisão judicial são aplicados de molde a otimizar a busca de uma opção hermenêutica legítima e efetiva, com base nos resultados da ponderação principiológica e do uso do postulado da razoabilidade/proporcionalidade” (FREIRE, 2012, p. 68).

Para efetivação do sentido formal do devido processo legal (garantias processuais), certas garantias devem ser impostas pelo Estado em favor dos cidadãos; tais garantias, como regra, são enunciadas através de princípios jurídicos. Observa Ricardo Maurício Freire Soares a existência de garantias processuais que, na condição de subprincípios, densificam/concretizam o macro princípio do *procedural due process of law* (FREIRE, 2012, p. 74).

Destarte, as projeções mais relevantes do devido processo legal em sentido formal são: “isonomia; contraditório e ampla defesa; a previsão do juiz natural; a inafastabilidade da

jurisdição; a publicidade dos atos processuais; a motivação das decisões judiciais; o duplo grau de jurisdição; a proibição do uso de prova ilícita; e a duração razoável do processo” (FREIRE, 2012, p. 74).

O princípio da isonomia decorre do *caput*, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que, no título dos direitos e garantias fundamentais, capítulo dos direitos individuais e coletivos, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Essa isonomia, no entanto, ultrapassa a igualdade formal, alcançando a igualdade material, concedendo tratamento igual na medida das igualdades e tratamento desigual na medida das desigualdades postas no caso concreto. Nas lições de Ricardo Maurício Freire Soares “a noção de tratamento isonômico às partes significa, entretanto, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade” (FREIRE, 2012, pp. 74-75).

O princípio do contraditório e da ampla defesa está previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do juiz natural está previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988, segundo os quais, respectivamente “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Nas lições de Alexandre de Moraes:

A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis. O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador (2006, p. 76).

O subprincípio da inafastabilidade da jurisdição, por sua vez, está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, após provocação, o Estado tem o poder/dever de reconhecer, satisfazer ou assegurar o direito violado ou ameaçado de violação.

O art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 traz o princípio da motivação das decisões ao estabelecer não apenas que as decisões devem ser fundamentadas, mas também que

se não o forem, são passíveis de nulidade. Reforçando esse subprincípio no campo específico objeto do presente estudo, a Lei n.º 8.429/92, com as alterações conferidas pela Lei n.º 14.230/2021, dispõe em seu art. 17-C, I:

Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

I - Indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, que não podem ser presumidos;

Há, como será explorado ao longo da dissertação que se apresenta, no âmbito direito administrativo sancionador, a utilização garantista de todo esse arcabouço constitucional, muitas vezes expressos através de princípios processuais, que, aplicados em conjunto com a vertente substancial do devido processo legal, exigirá maior rigor na fundamentação da decisão, com a demonstração dos elementos que se referem à prática do ato de improbidade e que importem enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública.

O duplo grau de jurisdição, por não possuir previsão expressa no texto constitucional, de forma diversa dos princípios analisados até o momento, divide a doutrina em duas posições, sendo que uma defende a sua inexistência, pela simples ausência de previsão expressa e a outra defende a sua existência de forma implícita, considerando, dentre outros dispositivos constitucionais, a competência recursal.

Por sua vez, a proibição de prova ilícita está prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988 segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, estabelecendo, o Código de Processo Civil, em seu art. 369, que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.²

Acrescente-se, ainda, o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e

² No que se convencionou denominar de Pacote Anticrime, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, promoveu alteração em dezessete leis e no Código Penal. No bojo dessas alterações, estabeleceu que a produção e utilização de provas ilícitas passou a ser crime específico. A lei não apenas veda a utilização de provas ilícitas, mas estabelece sanção penal. A Lei nº 9.296/1996, lei de interceptação de comunicações telefônicas, em sua redação atual estabelece: "Artigo 10 — Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei"

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Corroborando a aplicação da garantia processual da duração razoável do processo como um dos desdobramentos da vertente formal do devido processo legal, o art. 23, § 8º da Lei n.º 8.429/92, com as alterações conferidas pela Lei n.º 14.230/2021, trouxe a denominada prescrição intercorrente ao prever que:

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

(...)

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

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

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

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

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

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

(...)

§ 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.

Ao adotar uma posição garantista, a Lei n.º 14.230/2021 estabeleceu a prescrição geral em oito anos (art. 23, *caput*), trazendo causas de interrupção da prescrição (§ 4º), com a possibilidade de reconhecimento de prescrição intercorrente. Interrompido o prazo pelas causas previstas nos incisos do § 4º, esta volta a correr pela metade do prazo geral, por quatro anos, a fim evitar que o cidadão fique eternamente aguardando uma decisão judicial, prestigiando, assim a duração razoável do processo.

A análise do devido processo legal em sua vertente formal demonstrou que os seus subprincípios – isonomia, contraditório e ampla defesa, juiz natural, inafastabilidade da jurisdição, publicidade dos atos processuais, motivação das decisões judiciais, duplo grau de jurisdição, proibição do uso de prova ilícita e duração razoável do processo – estabelecem abstratamente as garantias constitucionais do processo.

No entanto, como já trazido acima, a evolução histórica da cláusula principiológica do devido processo legal foi marcada pela gradativa superação da vertente formal em favor da denominada vertente substancial, que consiste em um mecanismo de controle axiológico, através da ponderação dos princípios, observando o postulado da razoabilidade/proporcionalidade, impedindo qualquer restrição ilegítima às garantias processuais, conferindo extensão constitucional ao devido processo.

Na lição de Ricardo Maurício Freire Soares:

A progressiva substancialização do devido processo legal é o resultado de um novo tratamento epistemológico, mais consentâneo com o funcionalismo dos sistemas jurídicos contemporâneos, que a doutrina atual denomina de pós-positivismo jurídico, (FREIRE, 2012, p. 82).

No pós-positivismo jurídico, passou-se a compreender os princípios como normas que fundamentam *per si* decisões jurídicas, bem ainda, passou-se a compreender a Constituição como repositório de normas jurídicas com baixa densidade normativa, mas que se irradiam por todo o regime democrático, *in casu*, no âmbito processual consubstanciando os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse contexto:

O processo contemporâneo apresenta-se como instrumento da tutela dos direitos fundamentais, que somente é realizada através dos princípios constitucionais, pelo que a Constituição passa a pressupor a existência do processo como veículo de exteriorização dos direitos e garantias da pessoa humana. (FREIRE, 2012, p. 82)

Essa mudança de paradigma em favor da constitucionalização do processo o revestiu de caráter de ciência jurídica imprescindível para efetivar a concretização dos direitos e garantias fundamentais através da ponderação dos princípios observando o postulado da razoabilidade/proporcionalidade.

Esclarece Ricardo Maurício Soares Freire que a cláusula principiológica do devido processo legal substancial se serve do postulado ou princípio instrumental da razoabilidade/proporcionalidade, como “recurso metodológico indispensável à concretização hermenêutica de um direito processual mais legítimo e efetivo. (FREIRE, 2012, p. 83).

Neste sentido, a vertente substancial do devido processo legal também “se coaduna com a utilização do método de ponderação de princípios jurídicos, valorizado pelo pós-positivismo como alternativa hermenêutica para a solução de conflitos entre os direitos fundamentais dos cidadãos” (FREIRE, 2012, p. 84).

Leciona Robert Alexy (1997, p. 86) que a ponderação consiste numa técnica jurídica de interpretação e decisão, aplicável a casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais a subsunção figura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas que sinalizam soluções diferenciadas.

Para Ricardo Maurício Soares Freire “o processo cognitivo de ponderação pode ser decompostos em três etapas: identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos” (FREIRE, 2012, p. 85).

A análise do devido processo legal em sua vertente substancial demonstrou que, para a efetivação dos subprincípios do devido processo legal formal, necessário se faz, a análise das garantias e direitos fundamentais no caso concreto, observando-se a ponderação e os postulados da razoabilidade/proporcionalidade.

Assim, as duas vertentes - *procedural due process of law* e *substantive due process of law* – se complementam efetivando o devido processo constitucional através de garantias processuais e da ponderação principiológica através do postulado da proporcionalidade/razoabilidade.

Desse modo, a constitucionalização da cláusula principiológica do devido processo legal em suas vertentes formal e substancial, construída através da evolução histórica e posta de modo a impedir qualquer restrição ilegítima às garantias processuais dos cidadãos, no âmbito da improbidade administrativa, refletida na Lei n.º 8.429/92, foi reforçada com as alterações conferidas pela Lei n.º 14.230/2021, ao ressaltar um conjunto de garantias processuais e o efetivo respeito ao devido processo legal.

2.2 PRINCÍPIOS, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIDADE JUDICIAL: RISCOS E ESPAÇOS DE INCERTEZA NA APLICAÇÃO DA LIA

A Lei de Improbidade Administrativa, em razão de sua natureza – nasce no âmbito do direito administrativo – é repleta de referências a regras de discricionariedade, a conceitos jurídicos indeterminados e a princípios, o que, no âmbito do direito administrativo sancionador, tende a gerar mais problemas que soluções.

A discricionariedade não é um tema unicamente ligado à atuação do Estado no exercício de atividade administrativa, atingindo também a atividade legislativa e judicial. O tema transcende o direito administrativo e todo o direito público (MOREIRA NETO, 2002, p.

31).

Configura um resíduo de liberdade decisória resultante da forma que determinado tema foi disciplinado por lei. É técnica utilizada pelo legislador em razão da impossibilidade de tudo se prever na letra da lei, mas será apenas dentro das fronteiras da lei que poderá vicejar a liberdade estatal (MOREIRA NETO, 2002, p. 37).

Leciona José dos Santos Carvalho Filho que a discricionariedade historicamente se relaciona ao “princípio da separação de atribuições das autoridades judiciais e administrativas, desenvolvido no direito francês nos períodos que antecederam ao fim do reinado e ao advento da Revolução Francesa” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 18). Não se confunde, em seu desenho atual, com arbitrariedade, não podendo o administrador - ou o juiz - agredir a ordem jurídica quando da edição de atos administrativos ou judiciais.³ Agir com discricionariedade significa cumprir a determinação legal de buscar o melhor meio de satisfazer o interesse público. Não há espaço para qualquer comportamento fora da lei (BANDEIRA DE MELLO, 2015, 416). Deve-se assegurar que, na utilização de poderes discricionários, sejam excluídas as hipóteses de excesso ou de desvio de poder.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta um conceito clássico de discricionariedade administrativa:

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico (MOREIRA NETO, 2002, p. 32).

Esclarece o autor que a definição de resíduo de legitimidade indica que a discricionariedade tem a natureza de opção política, sendo ato de criação, e não de mera execução. Ainda que se reconheça ser tal criação derivada da lei, há uma “*alocação autoritária de valores*”, possuindo, portanto, natureza política. (MOREIRA NETO, 2002, pp. 32-36)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello haverá tal atribuição de integração da norma legal pela Administração, segundo critérios de conveniência e oportunidade, quando a lei carecer de precisão nas seguintes hipóteses: a) não descrever antecipadamente a situação em vista da qual ocorrerá o comportamento da Administração; b) eventual situação for descrita por conceitos jurídicos vagos e imprecisos; c) quando a lei conferir no próprio mandamento, de forma explícita, liberdade decisória à Administração; e, d) quando descrever o objetivo legal

³ José dos Santos Carvalho Filho conceitua sinteticamente o ato administrativo: “A exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 108)

de forma genérica (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 416). Para se reconhecer a existência da discricionariedade, é necessário, ainda, o exame do caso concreto. Mesmo que a lei use conceitos vagos, dos quais resultaria certa liberdade, “tal liberdade só ocorre em casos *duvidosos*, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a espécie.” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 419)

A discricionariedade administrativa é usualmente tratada em conjunto com a questão dos conceitos jurídicos indeterminados. Entretanto, não deve haver confusão entre ambos. A diferença entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados é bastante sutil: a discricionariedade relaciona-se ao momento de aplicação do direito, ao passo que o conceito jurídico indeterminado se relaciona à questão da interpretação da lei que veicula os conceitos, enfrentada num momento que antecede a aplicação. Interpretada a norma contida numa lei que veicule conceitos jurídicos indeterminados, não há que se falar, necessariamente, em discricionariedade. Esta se relaciona com a liberdade de decisão do que fazer num determinado caso concreto, nos limites estabelecidos pela norma; aquele (conceito jurídico indeterminado) deve ser interpretado para justamente oferecer estes limites. Uma norma que contenha conceitos jurídicos indeterminados pode determinar uma atuação discricionária ou mesmo vinculada, dependendo do fato de atribuir ou não, para a solução de um determinado caso concreto subsumido à hipótese legal interpretada, liberdade de escolha quanto à conveniência e à oportunidade.

Lecionam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, acerca da indeterminação do enunciado, que esta “não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso, a qual se chega mediante uma atividade de cognição, objetiva, portanto, e não de volição.” (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 457).

Aponta Rita Tourinho, com lastro em lição dos referidos autores, que:

Nos conceitos jurídicos indeterminados existe somente uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma situação concreta. Já na discricionariedade, existe a possibilidade de pluralidade de soluções justas possíveis, como consequência do seu exercício. Desta maneira, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não há um processo volitivo, como ocorre na discricionariedade, mas sim um processo de aplicação e interpretação da lei. (TOURINHO, 2005, p. 102)

Reitere-se, para a correta compreensão da passagem transcrita, que a determinação dos conceitos indeterminados é um processo de interpretação, prioritariamente cognitivo, e não

de escolha da aplicação mais conveniente – volitivo. Ambos se inserem no tradicional modelo de direito liberal positivista, conferindo, entretanto, maior elastério ao direito legislado e, especialmente, ao princípio da legalidade.

Já os princípios, em sua concepção atual, e por influência de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, amplamente referidos na jurisprudência e na doutrina brasileiras, passam a ser categorizados como espécies de normas, e não mais como mandamentos nucleares propostos ou sistematizados pela dogmática. São tomados como normas oriundas das constituições e das leis, com forma de aplicação diferenciada das regras.

Ao serem identificados como espécies de normas jurídicas, esclarece Dworkin, rechaça-se “*el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra.*” (DWORKIN, 1995, p. 99)

Regras e princípios são espécies de normas “*porque ambos dicen lo que debe ser*”, podendo ser formulados utilizando-se das expressões deônticas básicas de mandado (ordem, obrigação), permissão e proibição. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre dois tipos de normas: ⁴ Não é gradual, mas sim qualitativa:

Esta consiste en que los principios son mandatos de optimización. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio, las reglas son mandatos definitivos. De esta distinción se siguen todas las otras distinciones, por ejemplo, que los principios, en tanto mandatos de optimización, son realizados en diferente grado mientras que las reglas, en tanto mandatos definitivos, siempre pueden ser realizadas o no. (ALEXY, 1995, p. 99)

As regras e os princípios são postos como razões para os juízos – emissão de decisões em situações concretas (ALEXY, 1995, p. 102).

A dificuldade que se tem é de se transplantar essa teoria, que elastece o conteúdo dos princípios, ao âmbito do direito administrativo sancionador. É um contrassenso a utilização de uma filosofia garantidora de direitos humanos para promover a restrição de direitos dos indivíduos no âmbito da persecução estatal por ato de improbidade administrativa, especialmente quando se tratar da violação de princípios. De igual modo, o elastério dado à

⁴ Aponta Alexy a existência de diversos critérios – nenhum deles satisfatório – para a distinção entre regras (ou normas) e princípios: generalidade (maior em princípios que em normas); determinabilidade de aplicação (maior em normas que em princípios); a gênese (as normas são criadas e os princípios desenvolvidos); conteúdo valorativo (princípios); referência à ideia do direito (princípios); à uma Lei Suprema (princípios); importância para o ordenamento jurídico (princípios). (ALEXY, 1997, pp. 83-84)

discrecionariade – das penas, especialmente - e aos conceitos jurídicos indeterminados não parecem ser aptos a gerar incriminação.

2.3 O PROCESSO JUDICIAL COMO GARANTIA DO INDIVÍDUO: ORIGENS DA LIA E DIFICULDADES PRÁTICAS DE SUA APLICAÇÃO EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL

O fenômeno da judicialização da vida cotidiana trouxe desafios, especialmente ao direito processual, mostrando-se necessária a análise das garantias processuais dos cidadãos em juízo, confrontando-as com os direitos fundamentais inscritos na Constituição brasileira de 1988.

A Lei de Improbidade Administrativa trouxe dificuldades em sua aplicação processual desde o seu nascedouro, conforme adiante será demonstrado.

A origem remota da busca de sanções de natureza não penal para atos análogos a condutas tipificadas como crimes contra a administração pública – especialmente aqueles que importassem enriquecimento ilícito em razão da função ou cargo público – pode ser encontrada na Lei n.º 3.164/57, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha.⁵ A lei, com apenas quatro artigos, buscou regulamentar a seguinte disposição constitucional veiculada no §31 da Constituição Federal de 1946:

§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. 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,

Este dispositivo normativo inovou ao estabelecer a possibilidade sequestro e perda de bens adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, medidas que poderiam ser decretadas no juízo cível. Estabeleceu a independência de instâncias penal e de responsabilização no cível por atos análogos; conferiu legitimidade ao Ministério Público e a “qualquer pessoa do povo” para a propositura da referida ação, determinando ainda o registro patrimonial obrigatório como condição para posse no cargo, com atualização bienal. A maior inovação que a lei trouxe, na prática, foi a possibilidade de responsabilização de agentes públicos sem a aplicação das regras de foros por prerrogativas de função aplicáveis, exclusivamente, no âmbito penal.

⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13164.htm.

Na sequência, nova lei foi editada para tratar do tema, esta com natureza mista, de direito material e processual. A Lei n.º 3.502/58, que ficou conhecida como Lei Bilac Pinto, contava com apenas oito artigos, e estabelecia em sua ementa regular “o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função.”

A referida lei manteve a atribuição do juízo cível para o processamento do sequestro, perdimento de bens e ressarcimento à administração pública, mantendo, em seu art. 4º, a separação de instâncias e a possibilidade de processos de punição e de responsabilização em paralelo.

Estendeu os efeitos a servidores da administração indireta, independentemente da natureza do vínculo. Previu condutas tipificadas equiparadas a crimes contra a Administração, com requisitos para sua aplicação (art. 2º, condutas; no § único, requisitos)⁶, e alterou a legitimidade para a propositura da ação, retirando “qualquer pessoa do povo”, mantendo o Ministério Público como legitimado. Inovou ao inserir como colegitimado a pessoa jurídica (fazenda pública) vítima do ato de enriquecimento ilícito. Estabeleceu, ainda, a possibilidade de responsabilização administrativa e penal para juízes, membros do Ministério Público e servidores que retardassem o andamento dos processos ou deixassem de ordenar ou cumprir os atos nos prazos fixados por lei.

No decorrer do regime militar, dois atos institucionais trataram da matéria: os atos institucionais n.º 01 e 05. Especificamente em relação à questão da probidade na administração pública, o AI 1/1964, previa a aplicação de penas de demissão, de disponibilidade e de aposentadoria compulsória mediante apuração sumária, com possibilidade de exame judiciário, se provocado por eventual prejudicado, apenas em relação ao procedimento aplicado. Suspendeu, a contar de sua edição, por seis meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade (art. 7º).⁷

⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13502.htm

⁷ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Assim estabelecia a redação: § 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.” Acerca do controle judicial, o texto era expresso no seguinte sentido: “§ 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.”

O AI 5/1968, dando um passo além na intensidade das sanções e na restrição ao controle judicial das mesmas, estabeleceu a possibilidade de suspensão dos direitos políticos por dez anos, de cassação de mandatos eletivos, de confisco de bens por enriquecimento ilícito e de prisão administrativa pelo prazo de até 90 dias,⁸ sendo tais atos - decretos do Presidente da República ou de governadores dos Estados - imunes ao controle judicial.⁹

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, o combate à improbidade administrativa ganhou destaque, sem se descuidar, entretanto, das garantias constitucionais e do devido processo legal. O tema foi desse modo tratado na Constituição, em seu 37, § 4º: “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.”

Conforme trazido na própria exposição de motivos da Lei de Improbidade Administrativa, a repressão à improbidade, “para ser legítima, depende de procedimento legal adequado – devido processo legal – impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do Estado de Direito.” (Exposição de motivos da LIA).¹⁰

A questão, desse modo, intrinsicamente ligada à dissertação em apresentação, passa a ser a seguinte: até que ponto essa promessa de procedimento legal adequado foi cumprida pela Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, em sua redação originária?

Não custa destacar que a lei já trazia em sua epígrafe o seu campo de incidência: disciplinar as “sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.” Essa é a redação trazida em seu texto original.¹¹

⁸A prisão administrativa era prevista unicamente no Decreto-Lei nº 502/ 1969, que estabelecia “medidas acauteladoras para o confisco de bens previsto no Artigo 8º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e no Ato Complementar nº 42, de 27 de janeiro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0502.htm.

⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Essa era a redação: “Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. § 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço. § 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.” Em seu artigo 11, vedava o controle judicial nos seguintes termos: “Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”

¹⁰ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>.

¹¹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

O primeiro ponto de insegurança é a ausência de definição na redação originária do que se entende por ato improbidade administrativa, servindo-se a lei apenas da tipologia dos artigos 9º, 10 e 11, com dificuldades de caracterização de condutas efetivas à norma abstrata estabelecida.

Ocorre que improbidade administrativa é um conceito jurídico indeterminado, conceito que requer do intérprete da norma uma valoração. Apenas com a valoração, e partindo do texto legal, poderá realizar a subsunção do caso concreto à norma. Neste ponto, a valoração se servirá do princípio da moralidade administrativa.

E qual a relação da improbidade administrativa com o princípio da moralidade administrativa? A moralidade administrativa é norma do tipo princípio enquanto a improbidade administrativa é norma do tipo regra, servindo-se em grande parte de conceitos jurídicos indeterminados ou ainda de conceitos trazidos em outras legislações, de modo semelhante às normas penais em branco.

No âmbito do direito penal, a tipificação é composta por um preceito primário, em que há a descrição de uma conduta, e por um preceito secundário, em que se estabelece determinada pena a ser aplicada em caso de sua violação. Na norma penal em branco, há previsão completa do preceito secundário (sancionador), mas o preceito primário, diferentemente, é incompleto. A norma depende de complementação para sua aplicação, quer seja através de outra lei, quer seja através de algum ato infralegal.

Exemplo clássico ocorre na lei que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. A lei não traz quais são as drogas proibidas. Refere-se, entretanto, em seu texto, como criminosas um conjunto de condutas que tenham por objeto a entrega a qualquer título ou produção de drogas “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” Essa determinação se encontra na Portaria/SVS n.º 344, de 12 de maio de 1998, atualizada e ajustada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através de resolução da diretoria colegiada, com status jurídico de ato administrativo normativo.

Para os atos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10 e 11, há a previsão das sanções no art. 12. A subsunção, entretanto, não é tão simples, e neste passo, a segurança jurídica e a noção de devido processo legal é relativizada.

Primeiramente, a moralidade administrativa, um princípio, funciona como critério definidor da improbidade. Só será improbidade um ato do agente público que viole direta ou indiretamente a moralidade administrativa. Neste passo, abre-se ampla margem de

interpretação – para abusos, inclusive – dos agentes controladores (Tribunais de Contas), dos agentes investigadores desses atos e titulares da ação correlata (Ministério Público e Fazenda Pública vitimada, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) e dos agentes aplicadores das sanções (Poder Judiciário).

É paradigmática a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp. n.º 213994/MG, de lavra do Min. Garcia Vieira, de 17 de agosto de 1999: “A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.”¹² Tal decisão parece restringir o âmbito da improbidade administrativa às hipóteses de corrupção. Não obstante tal decisão, o elastério trazido no texto da lei, especialmente em seu art. 11, acabou por ampliar de sobremaneira seu campo de aplicação. O tema será retomado em tópico próprio.

Em sua redação original, em grande parte mantida na redação atual, a promessa de segurança jurídica e de respeito ao devido processo legal, veiculada na exposição de motivos do projeto que resultou na lei de improbidade, não foi cumprida.

O segundo ponto de insegurança pode ser observado na redação dos *caputs* dos artigos 9º, 10, 11. Tais artigos, que estabelecem condutas de improbidade, estão repletos de conceitos jurídicos indeterminados, veiculando regras específicas apenas nos incisos. Em sua redação originária, no artigo 9º, há como ato de improbidade que configura enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida; no artigo 10º, é ato de improbidade o que cause lesão ao erário, considerando qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades protegidas; o artigo 11 estabelece como ato de improbidade administrativa o que atenta contra os princípios da administração pública, podendo ser qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Nada mais amplo e atentatório ao estado de direito e ao devido processo legal. O arbítrio de outrora, que deveria ser combatido, mudou de mãos – órgãos de controle, colegitimados para a propositura da ação e julgadores.

As regras específicas dos incisos, muitas vezes, servem-se de outras normas, até mesmo infralegais para a configuração das condutas. Por exemplo, é comum para a tipificação de conduta ímproba em diversos incisos dos referidos artigos, a utilização da expressão “sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.” Indesejavelmente

¹² Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8374892/inteiro-teor-102623232>

amplas, tais previsões para a configuração de atos sancionados com tamanha gravidade, no âmbito do estado de direito.

O terceiro ponto de insegurança jurídica, que deriva das fragilidades apontadas acima, relaciona-se com materialidade do ato de improbidade em si. Meras irregularidades confundem-se com atos de improbidade, e dão margem a uma atuação seletiva e muitas vezes pessoalizada, contrariando frontalmente o *animus* da lei.

Na linha de separação entre improbidade e irregularidade administrativa ou transgressão disciplinar, há considerável esforço da jurisprudência para aclarar seus limites. Neste sentido, o REsp. n.º 892.818 - RS (2006/0219182-6):

É sempre bom repetir, na linha da jurisprudência do STJ, que os atos de improbidade não se confundem com singelas e inofensivas irregularidades administrativas. Muito embora sejam condutas assemelhadas, o ato antijurídico só adquire a natureza de improbidade se, com culpa ou dolo, ferir os princípios constitucionais da Administração Pública e a ordem jurídica de regência da atuação do agente público.¹³

Em sentido semelhante, o REsp. n.º 1.089.911/PE, com relatoria do Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009:

A Lei n. 8.429/1992 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento.¹⁴

Na mesma linha, buscando aclarar os limites da lei de improbidade e afastar o arbítrio, a jurisprudência cunhou a distinção de improbidade material e improbidade formal. Um ato pode ser formalmente ímprobo, mas não restar caracterizado a presença do elemento subjetivo do respectivo ato de improbidade administrativa. De igual modo, um ato pode adequar-se à conduta prevista na norma, sob o ângulo puramente formal, mas não atingir o valor protegido pela norma (p. ex., uma ligação particular do gabinete do servidor). Neste último caso, poderá se reconhecer eventual falta funcional, mas não há que se falar em improbidade.

Há conduta atípica quando a aplicação da Lei de Improbidade ferir o senso comum, quando não houver compatibilidade com fins da norma. A decisão do Min. Herman Benjamin busca trilhar essa distinção, mas, ao final, não consegue se afastar do arbítrio do julgador ao atribuir ao mesmo o juízo acerca da violação aos bens e valores protegidos pela norma:

¹³ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8589975/inteiro-teor-13674659>

¹⁴ Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2017_245_1_capPrimeiraTurma.pdf

Reitere-se: nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se tem o administrador inábil pelo administrador ímprobo. Contudo, uma vez que o juiz reconheça violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), não pode recusar, pura e simplesmente, a aplicação das sanções previstas pelo legislador, a pretexto de incidência do princípio da insignificância (sobretudo se por "insignificância" se entender somente o impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos).

Se o bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade é, por excelência, a moralidade administrativa, desarrazoado falar em aplicação do princípio da insignificância às condutas consideradas imorais pelo próprio magistrado. Não existe improbidade administrativa significativa e improbidade administrativa insignificante. Resp. 892818 RS 2006/0219182-6 – STJ ¹⁵

O quarto ponto de insegurança relacionava-se especificamente com a previsão do artigo 10: a questão da culpa. Muito se debateu doutrinariamente acerca de tal previsão em razão do risco de arbítrio que gerava (controladores, colegitimados e poder judiciário).

Estabelecia o art. 10, em sua redação original, configurar ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que causasse lesão ao erário ou que ensejasse perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres, fosse ela dolosa ou culposa.

Pela redação do *caput*, qualquer conduta culposa, ainda que omissiva, poderia ensejar o reconhecimento de ato de improbidade se comprovada lesão ao patrimônio público. A possibilidade de enquadramento do agente público nesta previsão sem qualquer atuação específica ou omissão relevante era extremamente grave, e desobrigava a prova de qualquer elemento volitivo por parte do Estado em sua persecução em juízo.

Mais uma vez a jurisprudência veio temperar a insegurança jurídica trazida pela norma, ao especificar o seguinte:

Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja DOLOSA, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de CULPA GRAVE, nas do artigo 10º (AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE 28.09.11).¹⁶

Em sentido semelhante, e afastando a possibilidade de caracterização de responsabilidade objetiva a punir o agente público, paradigmático o seguinte julgado:

A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento

¹⁵ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8589975/inteiro-teor-13674659>

¹⁶ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21076797/inteiro-teor-21076798>

subjetivo. Nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa. Em nenhuma das hipóteses legais, contudo, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações. Assim, ainda que demonstrada grave culpa, se não evidenciado o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, bens tutelados pela Lei 8.429/1992, não se configura improbidade administrativa. REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014.¹⁷

Observe-se que a jurisprudência, especialmente a última trazida, parece aproximar a interpretação e a aplicação da Lei de Improbidade, ainda em sua redação originária, neste ponto específico, à nova sistemática inaugurada pela Lei n.º 14.230/2021.

O quinto ponto de insegurança jurídica, caminho aberto ao arbítrio, encontrava-se na amplitude das regras inseridas no art. 11 da Lei de Improbidade em sua redação inicial. Não bastasse o *caput* já conter um conjunto de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, as duas regras que seguem o *caput*, os incisos I e II abriram espaço para que qualquer conduta, ativa ou omissiva, muitas vezes descuidada de qualquer agente público, pudesse ser enquadrada como ato de improbidade administrativa.

A redação dos incisos referidos (I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; e II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício), com tamanha vagueza e sem qualquer delimitação, configurou porta aberta ao arbítrio e à insegurança jurídica.

A jurisprudência, mais uma vez, teve que balizar o significado da norma, restringindo-a. Passou-se a exigir a comprovação da compreensão do caráter ilícito da conduta (conhecimento) e condições de determinar-se de acordo com essa compreensão (vontade), ou seja, dolo, do sujeito que pratica improbidade que viole os princípios da Administração. (REsp 658.415/RS, Rel. Min. Eliana Calmon;¹⁸ REsp 604.151/RS, Rel. Min. José Delgado.¹⁹)

¹⁷

Disponível

em:

[https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=improbidade+administrativa+dolo+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO#:~:text=8.429%2F1992\),.o%20dolo%20para%20caracteriz%C3%A1%2Dla](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=improbidade+administrativa+dolo+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO#:~:text=8.429%2F1992),.o%20dolo%20para%20caracteriz%C3%A1%2Dla)

¹⁸ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7148108/inteiro-teor-12868671>

¹⁹ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7158580/relatorio-e-voto-12878338>

2.4 ALTERAÇÕES DA LEI N.º 14.230/2021 E A CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE COMO EXPRESSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A primeira observação que se apresenta sobre tal tópico é a solução posta na própria Lei de Improbidade, em sua nova redação, e se refere à sua natureza sancionadora, prevista no art. 1º, § 4º. “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.”

A doutrina há muito já sustentava a compreensão da lei de improbidade administrativa como “norma de Direito Administrativo Sancionador”, a exemplo de Fábio Medina Osório. Defendia o autor a subsidiariedade das regras de Direito Penal substancial na aplicação das normas sancionadoras, aproveitando-se o arcabouço principiológico do direito penal como parâmetro hermenêutico de “inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo” (OSÓRIO, 2007, p. 241).

A assertiva, que parece ser despretensiosa, repercute consideravelmente na interpretação e na aplicação da Lei de Improbidade, posta numa zona de interseção entre o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e o Direito Penal, com sérios reflexos no devido processo legal aplicável à espécie - objeto de análise da dissertação em apresentação.

O que se convencionou denominar de direito administrativo sancionador é algo que vem sendo construído pela doutrina nacional e internacional e pela jurisprudência pátria para aclarar o inegável paralelo entre a aplicação de sanções no âmbito da administração pública (e em processos judiciais correlatos) e no âmbito do Direito Penal.

Seu objetivo é, em respeito ao devido processo legal e princípios correlatos - anterioridade, segurança jurídica e não surpresa, p. ex., - que uma lei nova que prejudique o indivíduo não possa ser aplicada a um fato passado, na esteira da irretroatividade do direito penal. Um conjunto de princípios de direito penal passam a ter, numa visão garantista, aplicabilidade em situações em que o Estado intente sancionar alguém com penalidade administrativa.

No âmbito da ação de improbidade administrativa, em que as sanções restringem a própria cidadania do indivíduo – agente público processado – maior razão para o reconhecimento dessa sistemática. As sanções previstas na lei de improbidade, além dos impactos financeiros, restringem a capacidade administrativa do acusado, limitando-o de ocupar cargos públicos e de celebrar contratos com a Administração; restringem também a

legitimidade eleitoral e sua capacidade eleitoral passiva. Não se trata de sanções meramente de natureza civil: é muito mais que isso.

Ao estabelecer a própria lei um parâmetro hermenêutico - aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador – está-se incorporando ao texto legal um conjunto normativo de direito penal aos processos de improbidade. Desde 2007, decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a aplicação de institutos do direito penal ao direito administrativo sancionador.²⁰ A assertiva aparentemente despretensiosa do artigo acima transcrito (art. 1º, § 4º) faz com que, a partir da vigência da nova redação, tudo o que for vantajoso para o réu, no âmbito das garantias materiais e processuais do direito penal, seja aplicado ao processo de improbidade; o que não for vantajoso para o réu não deverá ser aplicado. Há, de igual modo, importantes reflexos quanto à retroatividade da lei, tema a ser tratado em tópico próprio.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Aos réus, em ação de improbidade, a aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador, significa a aproximação do tratamento destes ao tratamento dado aos “acusados em geral”.

Neste passo, o Pacto de São José da Costa Rica, sempre a socorrer os cidadãos, estabelece alguns princípios basilares do direito penal, de pronto aplicáveis à LIA:

Artigo 9º – Princípio da legalidade e da retroatividade - Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delincente deverá dela beneficiar-se.

Estabelece, no âmbito de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, retroatividade da lei mais benéfica ao acusado. Se a lei mais benéfica diz que algo que era considerado crime deixa de ser, o indivíduo que está sendo processado deverá ter o seu processo encerrado, por atipicidade da conduta.

No sentido delineado acima, leciona Sirlene Nunes Arêdes que doutrina, legislação e jurisprudência de países europeus abrandaram a teoria da independência das instâncias, a fim

²⁰ O Superior Tribunal de Justiça entende cabível a aplicação às sanções administrativas impostas pelo Estado dos seguintes institutos do direito penal: a) o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica (RMS 37.031/SP); b) a vedação de analogia *in malam partem* (REsp 1.216.190/RS) e c) a possibilidade de invocar o estado de necessidade como excludente de ilicitude (REsp 1.123.876/DF). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

de submeter a instância administrativa punitiva a princípios constitucionais tradicionalmente aplicados pelo Direito Penal. (ARÊDES, 2018, p. 204)

Refere-se a autora ao Decreto-Lei n.º 433, de 27/10/1982, de Portugal, que garante, na esfera administrativa:

A retroatividade da norma mais benéfica, a punição apenas por condutas dolosas ou culposas, a aplicação das teorias de erro de tipo e erro de proibição e interdependência entre a punição penal e a administrativa das mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamentos. (ARÊDES, 2018, p. 205)

Na Espanha, esclarece a autora que a Constituição de 1978 garante, expressamente, a aplicação do princípio da anterioridade às infrações administrativas, e que o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) “ampliou essa proteção e passou a exigir, na aplicação de sanções administrativas, a tipicidade, conduta dolosa ou culposa e previsão em lei formal dos limites de infrações e penas administrativas.” (ARÊDES, 2018, p. 205)

O Tribunal também estabeleceu a proibição de *bis in idem* para condutas tipificadas como ilícito penal e administrativo. Prossegue a autora: “Consoante a sua jurisprudência, aplicam-se ao Direito Administrativo Sancionador os princípios do Direito Penal com ‘modulações’.” (ARÊDES, 2018, p. 205)

Ao tratar especificamente da lei de improbidade administrativa, a referida autora critica a autonomia de sua responsabilização, atribuída por lei, em relação às esferas civil, penal e administrativa. Sustenta que o art. 12 da Lei n.º 8.429/92, ao estabelecer penas aplicáveis aos agentes condenados por atos de improbidade, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas” parece estabelecer uma nova instância punitiva, sem qualquer relação com as existentes, “e impõe a reiteração punitiva sem que se possa fundamentar a natureza diversa da nova categoria punitiva em relação às excluídas.” (ARÊDES, 2018, p. 218)

No Supremo Tribunal Federal é decisão de referência a Reclamação n.º 41.557/SP, julgada pela 2ª turma, tendo por relator o Ministro Gilmar Mendes. Nesta, a questão de fundo era a violação do princípio do *ne bis in idem*.²¹

A Reclamação se fundava na alegação de que, embora o Supremo Tribunal Federal tivesse determinado em julgamento de *habeas corpus* (HC n.º 158.319/SP) o trancamento definitivo da ação penal, o Ministério Público Federal, “repetindo rigorosamente os mesmos

²¹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934358>. Esclarece Rodolfo Tigre Maia “Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*).” MAIA, 2005, p. 27.

fatos e sem nenhuma inovação no contexto probatório” teria ajuizado ação de improbidade administrativa pretendendo retomar já exaurida questão da autoria delitiva.²²

Ressalta o relator que a decisão que determinou o trancamento do processo não se baseou em insuficiência probatória, mas na demonstração inequívoca da ausência de participação do reclamante, bem ainda na comprovação da inexistência de enriquecimento ilícito ou recebimento indevido de valores.

Para o que importa na dissertação que se apresenta, há um conjunto de assertivas que aclaram a aproximação dos sistemas de sanção por ato de improbidade do sistema de Direito Penal. Para o relator:

(1) A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema criminal.²³

Para o relator, o ponto central da tensão na Reclamação é a limitação do direito de punir estatal através do reconhecimento a) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e b) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador.

Refere-se o relator a decisão de 1984 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que estabeleceu, a partir do caso Oztürk, conceito amplo de direito penal, que reconhece o direito administrativo sancionador como um “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal. Desde então, um conjunto de princípios de direito penal se estenderia para o âmbito do direito administrativo sancionador, que passaria a integrar o sistema penal em sentido amplo.²⁴

²² Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934358>. Marion Bach informa, acerca vedação ao *ne bis in idem* no direito comum europeu, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) proferiu em março de 2014, decisão paradigmática sobre o tema. No caso, conhecido como “Grande Stevens”, o Tribunal analisou o art. 4 do Protocolo n. 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que assegura o direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelo mesmo fato. Reconheceu o Tribunal que, sendo admitida a natureza sancionatória do direito administrativo italiano, as punições advindas do direito penal e do direito administrativo, tendo como origem a mesma conduta, violam a Convenção. Disponível em: <https://www.marionbach.com.br/wp-content/uploads/2018/08/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa.pdf>

²³ Em sua construção, serve-se o relator da seguinte doutrina: “Para além de refletir e buscar solucionar os complexos problemas dogmáticos trazidos pela aproximação entre direito penal e direito administrativo, é, também, preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora. Assim, seguindo a proposta Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão.” (LOBO DA COSTA, 2013, p. 122)

²⁴ Sirlene Nunes Arêdes vai além, ao referir-se ao Caso Fran Fischer, como vedação de aplicação de sanções plúrimas para o mesmo fato jurídico, e que a condenação mais grave, usualmente penal, absorveria a condenação menos grave, usualmente a administrativa: “Lucía Alarcón Sotomayor afirma que a decisão mais representativa da jurisprudência do TEDH é a sentença de 29 de maio de 2001 (caso Franz Fischer contra Áustria). A autora relata que o indivíduo, em estado de embriaguez, atropelou, com seu veículo, um ciclista e se evadiu do local sem

Defende o relator, em seu voto, a adoção do que denomina de independência mitigada entre as esferas penal e administrativa – “esta parece ser a posição mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa.”

Ao referir-se ao caso Grande Stevens, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 2014, identificou na decisão a “necessidade de se respeitar, na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente na direção de proteção das garantias individuais” em face do direito de punir do Estado.²⁵

2.5 SEGURANÇA JURÍDICA E APROXIMAÇÃO COM O SISTEMA GARANTISTA DO DIREITO PENAL COMO EXPRESSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O direito penal - e seu devido processo penal – são os espaços por excelência para o desenvolvimento das mais relevantes teorias de proteção do indivíduo.²⁶ Por sua própria natureza - tanto em razão da disciplina jurídica de fatos danosos ou ameaçadores à sociedade e seus indivíduos, quanto em razão da severidade das penas ou medidas processuais cabíveis – é o espaço de discussão acerca dos limites dos poderes estatais em defesa do indivíduo, sempre na busca de se afastar a arbitrariedade estatal.

Dentre tantas teorias, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli²⁷ goza de grande prestígio na jurisprudência e na doutrina brasileiras, servindo-se a dissertação em apresentação de seus conceitos centrais – aplicáveis, em justa medida, ao regime do direito administrativo sancionador.

Ferrajoli, em sua “epistemologia garantista”, busca afastar a aplicação autoritária do direito pelo Estado. Para o autor, “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui

prestar socorro; posteriormente, o ciclista faleceu. O autor do atropelamento foi sancionado administrativamente por conduzir embriagado e, penalmente, por homicídio culposo. O TEDH decidiu que, embora pudesse parecer, à primeira vista, que existissem dois ilícitos, há situações em que um ilícito está contido em outro, de forma que o crime de homicídio culposo absorve a infração administrativa de dirigir sob os efeitos de álcool. O Tribunal entendeu que, nestas situações, não há possibilidade de aplicação de duas penalidades sob pena de ofensa à vedação de *bis in idem*, garantida no art. 4 do Protocolo 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos.” (ARÊDES, 2018, pp. 205-206)

²⁵ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934358>.

²⁶ “Quanto mais se estendem os espaços de insegurança dos pressupostos cognitivos da decisão judicial, por defeito de uma ou de mais de uma das garantias penais e processuais penais, até excluir por completo os outros dois poderes e configurar-se como poder de disposição “absoluto”, quando a insegurança é total” (FERRAJOLI, 2006, p. 134)

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. revista e atualizada, tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2006.

uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”. (FERRAJOLI, 2006, p. 34).

Esta verdade, para o autor, no âmbito do direito, é a verdade formal ou processual, perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes.

Tal verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; e está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética "verdade substancial".

A verdade processual é sempre uma verdade apenas provável e opinativa,²⁸ e na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, a tese da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias (FERRAJOLI, 2006, pp. 35-37).²⁹

Segundo o autor, “o direito é um universo linguístico artificial que pode permitir [...] a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controle lógicos e empíricos” – daí que o problema do garantismo seria “elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático”. (FERRAJOLI, 2006, pp. 51-71).

Para tanto, no plano teórico, o autor apresenta os princípios fundamentais do seu modelo garantista de Direito Penal. Empregam-se onze termos centrais na formulação dos princípios: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.

Os axiomas prescrevem o que deve ocorrer no âmbito do modelo de direito penal e processual penal proposto – seu sistema garantista (SG). Assim, “cada uma das implicações

²⁸ “A verdade processual é, na realidade, uma verdade alcançada” (FERRAJOLI, 2006, p. 135)

²⁹ Ferrajoli estabelece o que o garantismo entende por ‘verdade’, trabalhando ainda com suas diversas noções: verdade material (uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais), verdade formal (alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes), verdade como correspondência (o paradigma da verdade como correspondência com a realidade e, como consequência, a consideração de que os fatos não estariam sujeitos a interpretação, e foi quase ignorado pela criminologia determinista), verdade fática (comprovável pela prova da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito incriminado), verdade jurídica (a comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito), verdade aproximativa ("modelo" ou uma "ideia reguladora" que "somos incapazes de igualar", mas da qual podemos nos aproximar) (FERRAJOLI, 2006, pp.38-49).

deônticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia [...] uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena”. Os dez axiomas do garantismo penal são postos como um modelo limite, estabelecidos através das seguintes máximas latinas: (FERRAJOLI, 2006, p. 89).

- A1 Nulla poena sine crimine [princípio da retributividade]
- A2 Nullum crimen sine lege [princípio da legalidade]
- A3 Nulla lex poenalis sine necessitate [princípio da necessidade]
- A4 Nulla necessitas sine injuria [princípio da lesividade]
- A5 Nulla injuria sine actione [princípio da materialidade]
- A6 Nulla actio sine culpa [princípio da culpabilidade]
- A7 Nulla culpa sine judicio [princípio da jurisdiccionariedade]
- A8 Nullum judicium sine accusatione [princípio acusatório]
- A9 Nulla accusatio sine probatione [princípio do ônus da prova]
- A10 Nulla probatio sine defensione [princípio do contraditório]

São essas máximas, que estabelecem a Teoria do Garantismo Penal: “estes dez princípios [...] definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal”. (FERRAJOLI, 2006, p. 89).

Em relação à discricionariedade das penas – tema nitidamente relacionado com a hipótese da dissertação em apresentação – Ferrajoli defende a racionalização da aplicação das penas de modo que seja reduzida ao máximo a discricionariedade do Estado-Juiz. Para isso, segundo o autor, necessário o controle dos espaços de incerteza que denotariam o arbítrio do magistrado devido, principalmente, à falta de taxatividade das leis e à vagueza linguística, que demandariam uma postura epistemológica imparcial do julgador.

Surgem esses espaços de incerteza: a) na elaboração do tipo penal abstratamente considerado e em sua verificabilidade; b) através do processo e durante a construção da verdade processual; c) ao dizer concretamente o tipo penal (conotar) e especificá-lo (levando em conta elementos equitativos); e, d) quando do poder de disposição ou de valoração ético-política. (FERRAJOLI, 2006, p. 89).

Em relação à elaboração do tipo penal abstratamente considerado (a), sustenta o autor que deve ser utilizada linguagem precisa e clara (respeitando assim o princípio da taxatividade) e, além disso, ser abstratamente estruturado (respeitando a legalidade estrita), são corolários de um direito penal liberal apto a garantir a liberdade do indivíduo frente ao poder punitivo Estatal.³⁰ A imposição de qualquer pena deve respeitar o processo legislativo, impedindo-se ainda que o aparato estatal se volte para a perseguição de grupos específicos.

³⁰ “A vacuidade, a valoratividade e a presença de antinomias na linguagem legal dependem do caráter obscuro e redundante das leis e de seu vocabulário, e que poderiam ser reduzidas, se não eliminadas, por uma técnica legislativa mais conforme ao princípio da legalidade estrita.” (FERRAJOLI, 2006, p. 100)

Quando da verificabilidade jurídica (a) - adaptação do fato ocorrido à norma abstratamente considerada – sustenta que o magistrado deve seguir a estrita jurisdicionalidade ou submissão à lei, podendo se deparar em sua tarefa com a necessidade de elaboração de dois tipos de juízos: um juízo de fato e um juízo de valor. Em ambos os casos, deverá adequar a realidade ao direito da melhor maneira possível, servindo-se dos tipos específicos e, quando necessário, de demais instrumentos previstos no sistema, como o do reconhecimento de concurso de crimes. Para o autor – e esse ponto é bastante relevante - nos casos em que seja necessária a aplicação de juízos de valor, a melhor opção para o magistrado seria a sua declaração de inconstitucionalidade da norma por violação à taxatividade.

Relativamente ao espaço de incerteza processual (b) - processo e durante a construção da verdade processual - Ferrajoli parte da relatividade da verdade processual, uma vez que sempre estariam presentes graus de incerteza sobre a veracidade das provas, predominantemente indiretas no processo penal.

Ressaltado o caráter relativo das provas, modernamente estas devem ser observadas como argumentos, prováveis acontecimentos, verossimilhanças que se incompatibilizam com ambições de verdades reais e com a valoração legal das provas.³¹ Uma prova não necessariamente deve possuir um valor probatório maior que a outra, devendo o juiz, através do livre convencimento motivado, determinar a aceitação ou não da hipótese acusatória. Para o autor, a verdade processual ambicionada devia ser aquela alcançada:

Mediante garantias ou regras de jogo codificadas, que asseguram essencialmente a possibilidade de refutar as hipóteses acusatórias, desde a contestação inicial até passar ao status de coisa julgada da sentença definitiva de condenação, mediante contraprovas ou contra hipóteses. (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

O processo penal racional deve se pautar pelo respeito dos princípios acusatórios: respeito a presunção de inocência, ônus da prova da acusação, contraditório efetivo (paridade de armas), exclusão de provas não creditáveis, e provas julgadas por um magistrado imparcial que possa exercer sua livre convicção motivada.³²

No que trata da incerteza ao se dizer concretamente o tipo penal e especificá-lo (c), defende Ferrajoli que na conotação (aplicação do caso concreto) o juiz deve se atentar para o

³¹ “Nenhuma prova, indício ou conjunto de provas e de indícios garante inimpugnavelmente a verdade da conclusão fática. Não existem, a rigor, provas suficientes.” (FERRAJOLI, 2006, p. 109)

³² “Isso não impede que na prática os órgãos de investigação costumem formular suas acusações em termos vagos e indeterminados. O uso de palavras equivocadas e de juízo de valor na descrição dos fatos imputados e na realização das provas representa, melhor, uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais por parte dos juízes, não menos difundida do que a adotada analogamente pelo legislador na formulação das leis.” (FERRAJOLI, 2006, p. 102)

enquadramento aos requisitos do tipo legal além de levar em consideração critérios de equidade ao observar as características acidentais e aplicação de qualificadoras e outras circunstâncias que os diferenciam dos demais crimes de mesma espécie.³³

Além disto, sustenta ser de suma importância que o magistrado não se observe como agente neutro, mas sim como portador de certas pré-compreensões e preconceitos de modo que, ao tomar consciência de tal situação, busque limitá-las ao máximo no exercício de sua jurisdição, dando aplicação ao princípio do *favor rei*.

Atinente à incerteza quanto ao poder de disposição ou de valoração ético-política (d), Ferrajoli ressalta que o Estado deve sempre: i) levar em consideração os limites da estrita legalidade e da jurisdicionalidade; ii) excluir formalismos inúteis; iii) incorporar princípios e valores limitativos; iv) estimular que sejam elaboradas críticas externas e internas das leis e das decisões judiciais; e v) analisar todos os campos de discricionariedade.

O garantismo construído para a defesa do indivíduo do arbítrio do Estado, no campo do direito penal, traz luz à atuação estatal em tema de direito administrativo sancionador, especialmente no âmbito da improbidade administrativa, muito em razão da severidade das sanções previstas em lei.

Inspira a busca pelo bom funcionamento do sistema de responsabilização e ao mesmo tempo torna patente o descompasso entre a atuação prática do Estado em sua persecução e o conjunto de garantias do indivíduo extraído da cláusula do devido processo legal.

³³ “Equitativo: Uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta.” (FERRAJOLI, 2006, p. 126)

3 ALTERAÇÕES DA LIA E ADOÇÃO DO GARANTISMO NO PROCESSO JUDICIAL

A justificativa do Projeto de Lei n.º 10.887/2018, consubstanciado na Lei n.º 14.230/2021, traz a *mens legislatoris* – intenção do legislador ao estatuir a nova norma.

No decorrer das discussões legislativas, muitas disposições foram alteradas. A parte central, entretanto, a disposição do legislador ao propor as mudanças que se seguiram foram mantidas.

À época do Projeto, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) vigorava há vinte e cinco anos, e já se identificava a necessidade de um conjunto de atualizações. A justificativa que foi colocada no projeto foi a adequação às mudanças ocorridas na sociedade e para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais. Em realidade, como adiante se demonstrará, não foi exatamente o que aconteceu. O texto foi muito além.

3.1 ANÁLISE DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJETO: NÍTIDA POSTURA GARANTISTA DO LEGISLADOR REFORMADOR

As alterações trazidas na LIA transformaram de tal modo a lei que se pode dizer que se trata de uma nova lei de improbidade administrativa. E, nos termos da hipótese do trabalho que se apresenta, isso não é necessariamente ruim. Ao contrário, traz a todos aqueles que se arriscam de algum modo a se relacionarem com a Administração Pública um reforço em termos de segurança jurídica, garantias processuais e respeito ao devido processo legal.

Fala-se, na atualidade, no direito administrativo do medo:³⁴ como atuar na Administração ou com ela se relacionar sem assumir o risco de ser processado? E não se está a falar em situação de agente desonesto, mas em hipótese em que a má utilização da lei de improbidade administrativa – sua banalização – gera um conjunto de procedimentos prévios (notícias de fato, procedimentos preparatórios e inquéritos civis) para investigação de condutas que não se enquadram em hipóteses de violação do bem jurídico protegido pela lei: probidade!

A justificativa do Projeto de Lei traz uma grande mudança: para a caracterização do ato de improbidade “bastante significativa é a supressão da culpa”. Tal alteração é, de fato,

³⁴ A expressão foi cunhada por Rodrigo Valgas dos Santos, na obra *Direito Administrativo do Medo Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 2. ed. São Paulo, 2022.

relevante. Muitas linhas foram escritas e argumentações apresentadas - artigos, livros, palestras, petições e decisões judiciais - para identificar qual a natureza da culpa que ensejaria a responsabilização do servidor com base no ato que desse prejuízo ao erário, como especificado no art. 10 na LIA. Ao final, fixou-se a tese que não seria qualquer culpa, mas apenas a culpa grave, como se a alocação do termo “grave” trouxesse alguma clareza ao intérprete ou alguma segurança ao agente público (indivíduo).

O que é “grave”? Na prática, grave será a conduta que o agente controlador, o membro do Ministério Público, o colegitimado ou o magistrado, ao ler a narrativa dos fatos, entender que o seja - ou não! Em grau de recurso, o Tribunal ou algum Tribunal Superior pode entender diferentemente.

A questão da culpa sempre foi um problema na aplicação da lei de improbidade administrativa. A negligência, a imprudência ou a imperícia como ilícitos meramente administrativos ainda subsistem, o que significa dizer que alguém que age de tal modo poderá ser responsabilizado no âmbito da Administração Pública, responder um Processo Administrativo Disciplinar internamente, mas tal conduta, nos termos do Projeto, não mais configura ato de improbidade administrativa, com todas as sanções que tal reconhecimento acarretava.

Esta inovação legislativa recoloca a improbidade no seu lugar: a improbidade é algo grave! A improbidade, doravante, estará restrita à violação da honestidade e não mais a todo e qualquer ato que possa eventualmente ensejar prejuízo ao erário.

A estrutura e a abrangência dos artigos 9º e 10 permanecem, em essência, inalteradas – enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, sempre que dolosos, seguem ensejando o reconhecimento de atos de improbidade.

Os atos de desonestidade, de corrupção e de obtenção de vantagem indevida estão intactos e continuam com tipo aberto. O art. 10, de modo semelhante, não sofreu nenhuma alteração substancial, porque só se retirou a culpa. Mesmo os incisos que foram revogados no art. 10 continuam previstos genericamente na redação do próprio *caput* do art. 10.

Ainda na justificativa de projeto, partindo da “franca observação da realidade”, afasta-se a tipicidade de quem age com base em “interpretação razoável da lei, regulamento ou contrato”. A insegurança jurídica – incerteza acerca de qual norma aplicar – é inimiga da eficiência da Administração Pública. O agente público – servidor ou agente político - tem sua

boa-fé protegida. Não se reconhece ato de improbidade administrativa de quem praticá-lo com base em interpretação razoável da Lei.³⁵

Outra situação que mereceu atenção no Projeto foi a proporcionalidade das penas, ao estabelecer que atos de baixa relevância sejam apenados apenas com pena de multa, sem suspensão de direitos políticos ou proibições de relacionamento com o poder público ou desligamento da função ou do cargo público.

A jurisprudência demorou anos para estabelecer-se no sentido que o juiz poderia aplicar as penalidades da LIA não cumulativamente. O Projeto adota, neste sentido, a jurisprudência dominante: aplicar a recomposição dos danos, se houver, somando-se a ela a pena de multa, podendo deixar de aplicar a suspensão dos direitos ou a própria penalidade de desligamento ou de demissão.

Ainda na justificativa do projeto, e na linha defendida anteriormente, a decretação da indisponibilidade de bens depende da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, com a oitiva do réu. Este deverá ser ouvido previamente, ou se for concedido em razão da identificação de risco justificado, nos termos da lei, deverá ser ouvido *a posteriori*.

Numa linha garantista e de respeito aos direitos fundamentais do réu, a *mens legislatoris* busca fazer com que a indisponibilidade de bens não funcione como uma sanção preliminar, como uma forma que se tinha muitas vezes de embaraçar a vida do réu, bloqueando todos os recursos que estivessem em suas contas bancárias. Prioritariamente deve incidir sobre bens imóveis e sobre automóveis, colocando-o como depositário dos próprios bens.

O Projeto torna claro seu objetivo: o agente público será processado, os bens para garantir eventual condenação deverão ser gravados, mas não se deverá, além do necessário, perturbar a vida do réu que ainda não foi condenado. É expressão de respeito ao Estado de Direito e da presunção de inocência.

O Projeto enfrenta e justifica a atribuição exclusiva do Ministério Público para a propositura de ação de improbidade administrativa. A justificativa é que há um viés político-institucional que deve ser observado, o que torna salutar e necessária a legitimação exclusiva. Segue o modelo de legitimação exclusiva do Ministério Público que já se aplica no caso da ação penal pública que trate, por exemplo, dos crimes contra a Administração Pública. A justificativa para tal postura dos autores do Projeto – acatada na redação final da lei, mas com eficácia

³⁵ Tal previsão – agir com base em interpretação razoável da Lei - foi retirada do ordenamento jurídico com o julgamento da ADI 7236 DF. O tema será retomado.

suspensa pelo Supremo Tribunal Federal - é a gravidade de sanções que refletem na elegibilidade e na vedação à ocupação de cargos públicos. (ADIs 7042 E 7043)

As ações de ressarcimento dos danos causados por eventuais atos ímprobos permanecem de titularidade do ente público lesado. A ação de improbidade é que irá identificar os atos e aplicar as sanções, quantificar e formar título exequível que poderá ser executado pela Fazenda pública. Os entes não perdem a legitimidade para as ressarcitórias e para as execuções de decisões de Improbidade Administrativa.

Buscando conferir mais celeridade e efetividade ao processo judicial de apuração e aplicação correlata de sanções, o Projeto propôs – e foi acatado em sua redação final - a inserção do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC). Tal inovação já era querida por todos os envolvidos na responsabilização e no julgamento de atos de improbidade.

O ANPC, semelhante ao Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), configura inserção da consensualidade e da cooperação no âmbito da apuração e do julgamento de atos de improbidade, revogando a sistemática anterior que vedava a transação em tema de improbidade – art. 17 da LIA na redação original.

O ANPC não se assemelha à colaboração premiada do direito penal. Neste, há possibilidade de benefícios ao réu se houver o esclarecimento do funcionamento de uma organização criminosa, com a explicitação de fatos e a apresentação de provas relativas a uma cadeia de autores e de eventos. Não é exatamente esta a função do ANPC, mas sim gerar a possibilidade de não aplicação ou de redução de sanções em razão da reparação dos danos e da assunção de eventual autoria de ato de improbidade praticado.

Outro avanço do Projeto, na linha defendida na dissertação em apresentação – devido processo legal e garantismo - é a proposta de estrutura e liquidez da sentença que julgar ação de improbidade, com a disciplina detalhada na lei, bem ainda quanto a quantificação e a liquidação do dano. Tal previsão ganha ainda mais relevo ao exigir que, na petição inicial, o Ministério Público, autor exclusivo nos termos do Projeto³⁶, descreva claramente a conduta atribuída, seus autores, e o dolo específico de obter proveito indevido. A decisão judicial final deverá, de igual modo, enfrentar cada um desses pontos, havendo a possibilidade de petição inicial ser julgada inepta.

O Projeto, adotando uma posição garantista, alterou fatalmente a disciplina da prescrição, excluindo diferenciações trazidas na redação original da LIA, estabelecendo prazo

³⁶ Tal previsão – legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público - foi retirada do ordenamento jurídico com o julgamento das ADIs 7042 E 7043 DF. O tema será retomado.

prescricional único, a contar do fato. Na redação final – o tema será retomado no tópico 3 - o prazo prescricional geral foi ampliado para oito anos, havendo a criação da prescrição intercorrente. Muito embora a prescrição passe a ser de oito anos a contar da data do fato, criou-se um conjunto de marcos temporais para o reconhecimento da prescrição intercorrente de quatro anos - data do fato; ajuizamento da ação; decisão condenatória; decisão em segundo grau. É reflexo da imposição do dever de celeridade processual – de duração razoável do processo - numa vertente garantista, de respeito ao devido processo legal, em proteção ao indivíduo.

Como adiante se demonstrará, a coerência apresentada no Projeto foi mantida, e mesmo com algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, que repercutem em tópicos específicos da redação final, não há como se negar avanços na nova sistemática em sua aplicação prospectiva.

3.2 A EXIGÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO E A QUESTÃO DO DOLO ESPECÍFICO

Na LIA, em sua redação original, o dolo genérico era exigido para a configuração de atos de improbidade estabelecidos nos artigos 9º e 11. Os atos previstos no artigo 10 poderiam se configurar com dolo genérico ou com culpa grave – conceito jurídico indeterminado de difícil precisão.

Ainda na vigência da redação original da LIA, ao analisar a necessidade do elemento subjetivo para a configuração dos atos de improbidade administrativa, o Ministro Luiz Fux, defendeu que:

A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador. *Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a Responsabilidade objetiva*” (1ª TURMA – REsp 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 15/12/2010).

Na redação atual, seguindo a jurisprudência, nenhum ato de improbidade pode se configurar com culpa – ainda que grave - e se retoma a vinculação da raiz etimológica da LIA: é um ato de desonestidade. A jurisprudência tradicional já reconhecia que a sistemática da Lei de improbidade servia para punir o agente público - político, gestor ou servidor - desonesto. (BRASIL, STJ, REsp. nº 213994/MG, Min. Garcia Vieira, 17/08/99).

Com as alterações, a LIA passou a exigir, em seu art. 1º, a presença do dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. (Revogado).

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

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

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. § 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Além de afastar o dolo genérico e a culpa grave para configurar os atos previstos no art. 10 da LIA, unificando a necessidade do elemento subjetivo – dolo – para a caracterização da ilegalidade qualificada – improbidade administrativa -, o legislador reformador, estabeleceu, de forma expressa, a exigência do dolo para a configuração dos atos de improbidade previstos nos artigos 9º e 11:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

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:

Ao trazer no art. 9º a expressão *mediante prática de ato doloso*, no art. 10 a expressão *qualquer ação ou omissão dolosa* e no art. 11 a expressão *a ação ou omissão dolosa* a Lei nº 14.230/2021, em uma posição nitidamente garantista, o legislador confere segurança jurídica ao agente público de boa-fé.

O parágrafo 1º, do artigo 11, em sua nova redação, traz uma previsão bastante interessante que poderá trazer segurança jurídica – confiança legítima e não surpresa - ao agente público de boa-fé, muitas vezes atingido por abuso ou excesso de controle:

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

Relativamente ao artigo 11 - ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública - a providência é salutar. Traz uma especificidade ao elemento subjetivo. Assemelha o tratamento da improbidade ao da corrupção no âmbito penal.

Por outro lado, o parágrafo 2º do mesmo art. 11 traz previsão complexa, ao elastecer a necessidade de dolo específico a toda e qualquer espécie de ato de improbidade existente ou que vier a ser instituída por lei:

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

Doravante, a improbidade necessariamente tem que se está relacionada ao fim de obter um proveito indevido em razão da conduta funcional. Quando a lei traz “o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”, o proveito ou benefício necessita ter valor econômico imediato, podendo a vantagem indevida ser não patrimonial, a exemplo da troca de favores ou de prestígio.

Esse dispositivo também traz a obrigação de que se detalhe na petição inicial do Ministério Público – ou colegitimados, nos termos das ADIs 7042 e 7043 DF - o elemento subjetivo especial do tipo sob pena de rejeição da inicial.

Relaciona-se, de igual modo, com o dever do juízo, estabelecido no art. 17-C, § 1º, de caracterizar o dolo na hipótese de condenação: “A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.”

A necessidade de demonstrar o elemento subjetivo especial do tipo – dolo -, no regime dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, reafirma a inexistência de responsabilidade objetiva que possibilite a aplicação das sanções da LIA.

Tal sistemática inaugurada pela nova redação da lei de improbidade serve de garantia ao indivíduo. Os órgãos de controle, em sua representação, e o Ministério Público (e colegitimados) deverão agir nos casos graves, desonestos, quando o dolo específico de praticar atos de improbidade administrativa restar patente.

Essa sistemática impede que o Ministério Público ou colegitimados, nos termos das ADIs 7042 e 7043 DF, apontem genericamente condutas de agente público ou dos demais réus sem a imputação do necessário elemento subjetivo do tipo e sem qualquer indicação que demonstre a intenção de praticar ato de improbidade administrativa. Nas lições do Ministro Teori Zavascki:

Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki).

A atuação dos órgãos precisa ser seletiva - no sentido correto - para que se dedique ao que for “penalmente/moralmente” relevante. Não deve ser seletiva no sentido de punir ou de não punir determinado grupo; ou ainda de punir alguém para dar exemplo do que não se quer. Essa não é função do Estado, nem é serventia do direito.

3.3 A RESTRIÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE EM RAZÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

A lei de improbidade administrativa, em sua redação original, estabelecia no art. 17 a legitimação disjuntiva concorrente para a propositura da ação nos seguintes termos: “a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.”

A pessoa jurídica interessada é a que foi vítima do ato de improbidade administrativa. Com a nova redação, o texto ficou com a seguinte escrita: “a ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.”

Conforme já explicitado, as sanções decorrentes da ação de improbidade envolvem perda da função ou de cargo públicos, suspensão dos direitos políticos por até 14 anos, proibição de contratação com a Administração Pública por igual período, além de naturalmente multa e

reparação de eventuais danos. A titularidade única do Ministério Público na nova redação é algo positivo ou negativo na perspectiva de respeito ao devido processo legal numa visão garantista?

Nas ADIs 7042 e 7043 DF, ações propostas pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) e pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE), foi, em 17 de fevereiro de 2022, concedida liminar no seguinte sentido:³⁷

(...) DEFIRO PARCIALMENTE A CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para, até julgamento final de mérito: (A) CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao caput e §§ 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; (B) SUSPENDER OS EFEITOS do § 20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043); (C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3º da Lei nº 14.230/2021. Publique-se.

Antes de se analisar eventual acerto ou desacerto da decisão nas ADIs, cabe perquirir qual a lógica por trás da opção do legislador reformista. Por que a atribuição exclusiva ao Ministério Público? Primeiramente, a estruturação do Ministério Público, órgão com autonomia reforçada e regime jurídico constitucionalmente delimitado, foi pensada para blindá-lo de pressões políticas. Seus membros não podem concorrer a cargos eletivos, são vedados de participar de atividades político-partidárias, havendo até mesmo restrições a manifestações em redes sociais acerca de posições políticas ou ideológicas.

O ponto central das ADIs foi a retirada da atuação da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e das Procuradorias-Gerais dos Municípios na titularidade da ação de improbidade. Na prática, no histórico das advocacias públicas, raras são as ações de improbidade ajuizadas em face dos agentes que oficiam na esfera pública a que estão vinculados.

Tais entes, ademais, não possuem os poderes e instrumentos de investigação assegurados ao Ministério Público, especificamente o inquérito civil com seu poder de

³⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>, com acesso em 20/07/2022. Observe-se que a decisão suspendeu também o § 20 do art. 17, com a seguinte redação: “§ 20. A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.

requisição. Tradicionalmente, as advocacias públicas são muito eficientes nas execuções de decisões da improbidade, na busca pelo ressarcimento ao erário lesado, possuindo excelência na promoção de execuções. A nova redação, nesta linha, estabelece no art. 18, § 1º:

Se houver necessidade de liquidação do dano, a pessoa jurídica prejudicada procederá a essa determinação e ao ulterior procedimento para cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens.

Na sistemática da LIA, em sua nova redação, na hipótese de a Fazenda Pública vitimada identificar qualquer ato que possa ser enquadrado como de improbidade administrativa – 9º, 10 ou 11 -, nada impede que proceda à responsabilização administrativa através de procedimento administrativo disciplinar (PAD), ou que represente, nos termos do art. 7º da Lei, ao Ministério Público para adote as providências necessárias.³⁸ Se o Ministério Público entender serem insuficientes as informações trazidas pela fazenda vitimada, poderá este instaurar o inquérito Civil para prosseguir na investigação.

O intento do legislador reformista foi atribuir a ação de improbidade, em razão da gravidade das sanções aplicáveis à espécie, ao órgão com autonomia reforçada, já titular da ação penal também com exclusividade.

O legislador não se descurou da realidade da Advocacia Pública brasileira, especialmente a dos municípios que não possuem sua advocacia pública estruturada em carreira de Estado, muitas vezes contando com advogados contratados dedicados exclusivamente a perseguir e a retirar a capacidade política de representantes de grupos da oposição, atuantes em gestões anteriores.

Por vezes identifica-se a funesta prática do *lawfare*, - usar o direito como instrumento de guerra e perseguição. Essa noção de abuso do direito de processar - o próprio desvio de finalidade dessas atuações - levou o legislador reformista a restringir tal atuação.

As ADIs acima referidas - propostas pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais e pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - com decisões liminares favoráveis, devolveram a legitimidade da advocacia pública para as ações de improbidade em defesa dos entes vitimados.

A devolução da colegitimação para a propositura não deverá desbordar para atuações específicas de *lawfare*, com a utilização abusiva de processos reiterados e repetidos, ajuizados muitas vezes sem critérios, moldados puramente para atingir a honra e a reputação de

³⁸ Art. 7º Se houver indícios de ato de improbidade, a autoridade que conhecer dos fatos representará ao Ministério Público competente, para as providências necessárias.

agentes públicos. Por vezes, fazer como que o opositor responda ao processo é o objetivo último.

A restrição da titularidade na ação de improbidade, na nova redação da lei, é expressão da garantia do devido processo legal especificamente em razão da aproximação das garantias do direito penal, onde vigora a privatividade da ação penal pública.

3.4 NOVO PRAZO PRESCRICIONAL E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PARA O AJUIZAMENTO DAS AÇÕES E SUA APLICAÇÃO A AÇÕES EM CURSO

As sanções por ato de improbidade administrativa somente poderão ser aplicadas se, no prazo legal, for ajuizada a respectiva ação por ato de improbidade, respeitando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório durante a fase instrutória e, na fase decisória, houver uma condenação.

No ordenamento jurídico pátrio, da mesma forma que no âmbito penal, no direito administrativo sancionador o poder público estatal possui prazos para exercer sua pretensão punitiva, não podendo, manter essa pretensão de forma definitiva sob pena de violação ao devido processo legal.

A fixação de prazos para o exercício das pretensões em juízo, *in casu*, na persecução de ato de improbidade administrativa garante a efetiva proteção do indivíduo em face ao exercício do arbítrio do Poder Público, impondo restrições ao Estado.

Em prestígio à segurança jurídica, à estabilidade, à previsibilidade e ao devido processo legal, bem ainda, em atenção ao § 4º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, o legislador editou a Lei n.º 8.429/1992, estabelecendo, de forma expressa, os prazos prescricionais aplicáveis à improbidade administrativa.

A prescrição pune a inércia, o *non facere*. Nas palavras de Antônio Luís da Câmara Leal:

Posto que muitos escritores, como Beviláqua, neguem que a prescrição constitua um castigo à negligência do titular, outros, como João Mendes Júnior, secundando a lição de Savigny, aliás fundada nas formas romanas, o afirmam. Estamos com o grande romanista tedesco e o saudoso mestre da Faculdade de Direito de São Paulo. Se a prescrição priva o titular de sua ação, fazendo-o sofrer a perda de um direito, impõe-lhe, de fato, um mal. E, se essa imposição é motivada pela sua inércia, de que resulta um mal social, pelo estado antijurídico que não foi removido pela ação, representando essa inércia a falta de cumprimento de um dever social, não se poderá negar que o mal imposto pela prescrição é, efetivamente, uma repressão do mal causado pela negligência do titular. E, assim encarada, a prescrição apresenta o

característico da pena, cuja clássica definição é: *poena est malum passionis, propter malum actionis* (LEAL, 1982, p. 16-17).

Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, a Lei Federal n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), disposições sobre a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

A LINDB representa um marco de moralidade e respeito na relação entre o Estado e o cidadão no Brasil, ao tempo em que torna expressos princípios e regras interpretativas e de decisão que deverão ser observados pelas autoridades administrativas ao aplicar a lei, ao introduzir disposições relativas à segurança jurídica e à eficiência na criação e aplicação do direito público. Algumas dessas regras já estão em plena vigência no Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária aos processos administrativos em geral, porém nem sempre observadas, ante ao entendimento de que o direito administrativo possui regras e princípios próprios.

Voltado a aumentar a segurança e a eficiência na aplicação do direito público, o referido ato legislativo originou-se do PL n.º 7.448/2017, elaborado por uma comissão de juristas liderada pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques e apresentado pelo senador Antônio Anastasia, do PSDB.

Os preceitos legais sancionados — que acrescentam 11 novos artigos ao texto da LINDB — foram elaborados a partir de uma compreensão racional do atual estágio do direito público, no qual a ficção de que a legislação escrita circunscreve prévia e inequivocamente todas as situações fáticas em relação às quais ela é aplicada já se encontra superada.

A lei em questão tem como escopo primordial permitir o aprimoramento e qualidade técnica das decisões dos órgãos administrativos, judiciais e de controle nos três níveis da federação brasileira. A nova lei sugere parâmetros a serem observados quando autoridades administrativas tomam decisões fundadas em cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados. Busca também conferir aos administrados o direito a normas de transição proporcionais e adequadas, bem como estabelece um regime para que negociações entre autoridades públicas e particulares ocorram de forma transparente e eficiente.

Com a edição da Lei n.º 14.230/2021 os prazos prescricionais previstos na Lei n.º 8.429/92 foram alterados e foi criada a modalidade de prescrição intercorrente. As alterações

nos prazos prescricionais trazem desafios ao intérprete quanto à sua retroatividade e aos seus limites. A dificuldade maior reside no fato de trazer a nova redação normas que beneficiam e normas que prejudicam o investigado ou réu em processo de improbidade.

A regra geral, trazida no *caput* do art. 23, é prejudicial ao investigado ao unificar e ampliar a prescrição que era de até de 5 (cinco) anos na redação original, para 8 (oito) anos na nova redação. De igual modo prejudica o investigado/réu ao estabelecer várias causas interruptivas antes não previstas. Esta é a redação vigente:

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

[...]

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

I – pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II – pela publicação da sentença condenatória;

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

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

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

Em regra, por serem prejudiciais, tais previsões não se aplicam retroativamente – fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

Observa-se, entretanto, que a mesma lei criou a modalidade de prescrição intercorrente, que estabelece que, caso seja interrompida a prescrição, o prazo começa a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no *caput* do art. 23 – por 4 (quatro) anos:

§ 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.

Observando-se os princípios do direito administrativo sancionador, nesta hipótese, em que a aplicação da norma beneficia o réu de processo em curso, dá-se o que se denomina de aplicação prospectiva da regra. A regra de prescrição mais benéfica atinge o processo no momento e estado em que ele se encontra, devendo a lei ser aplicada para o reconhecimento de prescrição intercorrente - 4 (quatro) anos entre os marcos interruptivos.

Não obstante a interpretação defendida nesta dissertação, no ARE n.º 843.989 se questionou a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e de prescrição intercorrente para

fixar a retroatividade ou a irretroatividade do novo regime prescricional previsto na Lei n.º 14.230/2021.³⁹

Como já afirmado linhas atrás, a Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021 transformou de tal modo a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 que se trata, em verdade, de uma nova Lei de Improbidade Administrativa. Não obstante tamanha transformação, a Lei n.º 14.230/2021 não trouxe em seu bojo período de *vacatio legis* tampouco normas de direito intertemporal. O período de *vacatio legis* existe justamente para que haja prazo de assimilação do conteúdo de uma nova lei e, durante tal vacância, continua vigorando a lei antiga.

Em meio a esse cenário, em 03 de março de 2022, o Supremo Tribunal Federal determinou no Tema n.º 1199 (ARE n.º 834.989) a suspensão dos recursos extraordinários versando acerca da aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente trazidos pela Lei n.º 14.230/2021.

No ARE n.º 834.989 o Supremo Tribunal Federal não determinou a suspensão dos processos em trâmite no primeiro e segundo graus de jurisdição, não sendo este um efeito automático da decisão, nos termos do art. 1.035, § 5º⁴⁰, do Código de Processo Civil.

Dentre as várias interpretações possíveis, o Supremo Tribunal Federal, em 18 de agosto de 2022, quando da Fixação da Tese de Repercussão Geral para o Tema nº 1199, no Recurso Extraordinário com Agravo do Paraná (ARE/PR) nº. 843.989 entendeu que:

14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa. 15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo. 16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público. 17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021,

³⁹ "Com efeito, (a) o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico e (b) a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide." Liminar concedida em 22/02/2022. Reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional, para definição de eventual: "(ir)retroatividade das disposições da lei 14.230/21, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo - dolo - para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente."

⁴⁰ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa. (ARE/PR nº 843989, p. 5).

O Supremo Tribunal Federal, quando da Fixação do Tema n.º 1199, não se desincumbiu de abordar a situação: a) decisões em processos de primeiro e segundo graus de jurisdição proferidas no espaço de incerteza compreendido entre a promulgação da Lei n.º 14.230/2021 ocorrida em 25 de outubro de 2021 e a Fixação de Tese de Repercussão Geral para o Tema n.º 1199 pelo Supremo Tribunal Federal ocorrida em 18 de agosto de 2022.

Com a inexistência do período de *vacatio legis* entre a promulgação da Lei n.º 14.230/2021 em 25 de outubro de 2021 e a Fixação de Tese de Repercussão Geral para o Tema n.º 1199 pelo Supremo Tribunal Federal ocorrido em 18 de agosto de 2022, abriu-se um espaço de incerteza acerca da abrangência e da aplicação do seu conteúdo aos processos em trâmite no primeiro e segundo graus de jurisdição.

Este espaço de incerteza atrelado à ausência de determinação de suspensão dos processos em trâmite no primeiro e segundo graus, conferiu aos magistrados a tarefa árdua de interpretar, no caso concreto, o novel diploma legal.

Amparados nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da lealdade e da boa-fé, magistrados de primeiro e segundo graus buscando o sentido e o alcance da Lei n.º 14.230/2021, fundamentaram decisões para reconhecer a aplicação da modalidade da prescrição intercorrente aos processos em trâmite em suas jurisdições.

Nesse sentido, pode-se citar algumas decisões proferidas pelo Poder Judiciário nacional, a exemplo da Justiça Federal de Sergipe e dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, do Mato Grosso e do Paraná:

VER COMO INSERIR DECISÃO JFSE

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE - MUNICÍPIO DE ARANTINA - BANDAS MÚSICAIS – CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - LEI Nº. 14.320/2021 - APLICAÇÃO RETROATIVA - PROPOSITURA DA AÇÃO E PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA POSSIBILIDADE CONDENATÓRIA - INTERVALO SUPERIOR A QUATRO ANOS PRESCRIÇÃO. - INTERCORRENTE – CARACTERIZAÇÃO. A Lei Federal de nº. 14.230/2021 pode ser aplicada aos casos anteriores à sua vigência na parte em que beneficia os réus, observando-se a interpretação de que o constante do art. 5º, XL, da CRFB/1988 se estende ao campo do Direito Administrativo Sancionador - Nos termos do art. 23, § 4º, §5º e § 8º, todos da L.I.A., impõe-se o pronunciamento da prescrição intercorrente quando transcorridos mais de 04 (quatro) anos entre o ajuizamento da ação de improbidade administrativa e a publicação da sentença condenatória. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. APC 0005097- 98.2016.8.13.0028, Relator(a) Ângela de Lourdes Rodrigues. 8ª Câmara Cível, 11/04/2022)

APELAÇÕES — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021 — APLICAÇÃO AOS CASOS EM CURSO — POSSIBILIDADE — TRANSCURSO DO PRAZO DE OITO (8) ANOS ENTRE O PROTOCOLO DA INICIAL E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA NO DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO — CONSTATAÇÃO — PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE — DECRETAÇÃO DE OFÍCIO — IMPERIOSIDADE. Possível a retroatividade da lei mais benéfica em favor do réu na ação de improbidade administrativa, visto que a matéria “insere-se no âmbito do direito administrativo sancionador e, segundo doutrina e jurisprudência, em razão de sua proximidade com o direito penal, a ele se estende a norma do art. 5º, XVIII, da Constituição da República” (STJ, REsp 1353267/DF). Transcorrido mais de oito (8) anos entre a data do protocolo da inicial e a publicação da sentença no Diário da Justiça Eletrônico, impõe-se a decretação da prescrição intercorrente da pretensão de imposição de sanção decorrente da prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 23, cabeça e § 8º, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Decretado de ofício a prescrição intercorrente. Recursos prejudicados. (TJ-MT 00009527819978110041 MT, Relator: LUIZ CARLOS DA COSTA, Data de Julgamento: 01/02/2022, Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo, Data de Publicação: 17/02/2022)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. LEI Nº 14.230/2021, QUE ALTEROU A LEI Nº 8.429/92. APLICAÇÃO IMEDIATA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE MAIS BENÉFICA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA, INCLUSIVE NO TOCANTE AO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DOLO. EXTINÇÃO DO FEITO POR FORÇA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO. (TJPR - 5ª C. Cível - 0001404-42.2011.8.16.0079 - Dois Vizinhos - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ MATEUS DE LIMA - J. 14.06.2022) (TJ-PR - APL: 00014044220118160079 Dois Vizinhos 0001404-42.2011.8.16.0079 (Acórdão), Relator: Luiz Mateus de Lima, Data de Julgamento: 14/06/2022, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/06/2022)

Em um Estado Democrático de Direito, regido pela segurança jurídica, pela proteção da confiança e pela boa-fé, decisões semelhantes às acima citadas, proferidas no espaço de incerteza - 25/10/2021 e 18/08/2022 – desafiam os aplicadores da lei.

Se as decisões judiciais que reconheceram a aplicação da modalidade da prescrição intercorrente em primeiro e segundo graus entre 25/10/2021 e 18/08/2022 transitaram em julgado antes do julgamento final do Tema, não há que se falar em aplicação do Tema n.º 1199 para prejudicar os réus beneficiados.

Por outro lado, se as decisões judiciais que reconheceram a aplicação da modalidade da prescrição intercorrente em primeiro e segundo graus entre 25/10/2021 e 18/08/2022 não transitaram em julgado em grau recursal, o Tema n.º 1199 incidirá de forma inevitável.

A alteração e a unificação do prazo prescricional e a criação da prescrição intercorrente para o ajuizamento das ações por ato de improbidade são expressões da segurança jurídica, conferindo aos indivíduos a confiança de que, no caso de novas interpretações ou orientações sobre determinada norma, sejam preservadas situações já devidamente constituídas no tempo e garantida uma transição razoável quando inevitável a exigência do novo direito.

3.5 LIMITAÇÃO DE SITUAÇÕES DE INDISPONIBILIDADES DOS BENS E LIMITES À PENHORABILIDADE DE VALORES

A utilização massiva de medidas cautelares e de tutelas provisórias específicas, *in casu*, indisponibilidade de bens, não parecem trazer ganhos em termos de segurança do juízo, de cautela do processo ou de tutela do interesse público, mas trazem sérios riscos e danos aos indivíduos colhidos nestas situações.

Ciente dessa realidade, quando da edição da Lei n.º 14.230/2021, o legislador buscando identificar, processar e julgar os atos de improbidade da maneira mais eficaz possível, não se despercebendo da observância ao garantismo, inseriu inovações no 16, da Lei n.º 8.429/92.

Antes das alterações conferidas à Lei n.º 8.429/92 pela Lei n.º 14.230/2021, a tutela provisória de indisponibilidade de bens era considerada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, como uma tutela provisória de evidência.

Como consequência, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo era presumido, não havendo necessidade de demonstração no caso concreto, nos termos do art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 7º da LIA, em sua redação original.

Essa presunção de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo fragilizava a finalidade meramente assecuratória da indisponibilidade de bens, aproximando-a, em verdade, do caráter de antecipação de sanção.

Nos termos da nova redação do art. 16, da Lei de Improbidade Administrativa, o pedido de indisponibilidade de bens dos réus na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado em caráter antecedente ou incidente, visando garantir a integral recomposição de danos ao Erário ou assegurar a retomada do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.

A nova Lei de Improbidade Administrativa, tornando clara a finalidade da indisponibilidade de bens, exige a necessidade de demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, compreendendo-a, portanto, como tutela provisória de urgência.

Na redação original da Lei n.º 8.429/92 o pedido de indisponibilidade de bens era realizado de forma geral ou com base no valor fixado na petição inicial.

A indisponibilidade de bens pode incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens existente no exterior, nos termos do art. 16, §2º:

Art. 16. [...]

§ 2º Quando for o caso, o pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Lastreado em postura garantista, a nova regra que preconiza a necessidade de prévia oitiva do requerido, antes de ser decretada a indisponibilidade de bens, ao prever no art. 16, § 3º:

§ 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.

Os requisitos legais para a concessão de indisponibilidade de bens podem ser assim sintetizados: (a) a demonstração de perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo; (b) o convencimento do juiz da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial; e (c) a oitiva do réu em cinco dias.

A nova Lei, em seu art. 16, § 4º, alocou no campo da exceção a decretação da indisponibilidade de bens sem a oitiva prévia. Tal medida somente se justificará quando o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida, ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo, contudo, a urgência ser presumida.⁴¹

O art. 16, §6º, da nova lei trouxe uma regra que já vinha sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao prever que:

Art. 16. [...]

⁴¹ Art. 16. (...) § 4º A indisponibilidade de bens poderá ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida.

§ 6º O valor da indisponibilidade considerará a estimativa de dano indicada na petição inicial, permitida a sua substituição por caução idônea, por fiança bancária ou por seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo.

Assim, é possível a substituição da indisponibilidade de valores em contas bancárias por outra medida e/ou a readequação do valor da indisponibilidade ao valor indicado na inicial, desde que, haja requerimento nesse sentido.

A nova redação do art. 16, § 7º trouxe a possibilidade de a indisponibilidade recair sob bens de terceiros. No entanto, condicionou essa decretação a demonstração da sua efetiva concorrência para os atos ilícitos apurados ou, quando se tratar de pessoa jurídica, a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processado na forma da lei processual.

O art. 16, § 10, também com redação nova, encerra antiga celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa ao fixar que:

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.

Assim, mais uma vez, a Lei n.º 14.230/2021, privilegiando a aplicação do garantismo ao direito administrativo sancionador restringiu a incidência da indisponibilidade de bens aos casos de danos ao erário a ser ressarcido.

O art. 16, § 11 estabeleceu uma ordem de preferência para fins de objeto da indisponibilidade:

Art. 16. [...]

§ 11. A ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresarial ao longo do processo.

Adotando uma posição consequencialista, na linha do que estabelece a LINDB, de acordo com o § 12, do art. 16, o órgão jurisdicional tem que levar em consideração os efeitos práticos da sua decisão:

Art. 16. [...]

§ 12. O juiz, ao apreciar o pedido de indisponibilidade de bens do réu a que se refere o caput deste artigo, observará os efeitos práticos da decisão, vedada a adoção de medida capaz de acarretar prejuízo à prestação de serviços públicos.

O art. 16, reforçando as garantias processuais, trouxe ainda, hipóteses nas quais a decretação de indisponibilidade de bens não será admitida: incidência para a multa civil (art. 16, §10); incidência sobre o acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita (art. 16, §10); incidência sobre valores inferiores a 40 (quarenta) salários-mínimos depositados em poupança, aplicações financeiras ou conta corrente (art. 16, §13); e, incidência sobre bem de família, exceto quando relacionado diretamente com o enriquecimento ilícito (art. 16, §14).

Desse modo, buscando identificar, processar e julgar os atos de improbidade da maneira mais eficaz possível e não se despercebendo da observância ao garantismo construído na defesa do indivíduo ao arbítrio do Estado, a nova redação trouxe limitações às situações de indisponibilidade de bens.

4 AVANÇOS DA NOVA LIA COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA NEGOCIADA E DE SEGURANÇA JURÍDICA DO INDIVÍDUO

A judicialização no Brasil é excessiva. Na atualidade, segundo dados do Anuário da Justiça do Brasil, de 2022, algo próximo a 80.000.000 (oitenta milhões) de processos tramitam no Poder Judiciário brasileiro. Apenas no ano 2022, foram ajuizadas aproximadamente três milhões e oitocentos mil ações com natureza de Direito Administrativo ou de Direito Público, e aproximadamente oito milhões de processos de natureza penal e de processo penal. (CONJUR, ANUÁRIO, 2022)

Segundo a mais ampla pesquisa já realizada sobre o tema, a cargo do CNJ, ainda em 2011, o maior litigante brasileiro é o próprio Estado, que chega a ser responsável por 79% (setenta e nove por cento) de todos os processos no âmbito da Justiça Federal e 51% (cinquenta e um por cento) da totalidade em âmbito nacional. (BRASIL, CNJ, 2011) Um dado é ainda mais alarmante: a taxa de congestionamento de processos é de 70%, (setenta por cento) o que significa dizer que para cada 100 novas ações que ingressam no Judiciário, apenas 30 são de algum modo encerradas, gerando um crescimento contínuo. (AMB, 2016). O impacto, não apenas sob o aspecto da litigiosidade da sociedade brasileira, mas também nas contas públicas, no que se refere ao próprio custo dos serviços jurídicos como um todo, é gigantesco.

Essa onerosa – *e não tão eficiente*⁴² – estrutura estatal pretende ser reduzida através da promoção de meios adequados para a resolução de conflitos que prescindam da atuação de um juiz de direito, ou, ao menos, que posterguem essa atuação para etapas seguintes em procedimentos de natureza múltipla.

A Secretaria de Reforma do Judiciário, instituída no âmbito do Ministério da Justiça (SRJ/MJ) a partir da Portaria n.º 1.117, de 7 de agosto de 2003, foi criada com a finalidade de formular, promover, supervisionar e coordenar os processos de modernização da administração da justiça brasileira, com vistas à adoção de medidas de melhoria dos serviços judiciários prestados aos cidadãos.

Partindo da noção de que o acesso à Justiça não se confunde com o acesso ao

⁴² Nesse sentido: “a afirmação de Roscoe Pound seguramente manter-se-á verdadeira por bastante tempo: a insatisfação com o Poder Judiciário é tão antiga quanto o Direito”. (AZEVEDO, 2012, p. 17)

Judiciário, avançou, juntamente com o CNJ, por seu núcleo de Movimento Pela Conciliação (BRASIL, CNJ, 2006) na formulação de um conjunto de materiais pedagógicos e na oferta de treinamentos para membros e servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia em geral, culminando com a criação da Escola Nacional de Mediação (ENAM) em setembro de 2012.⁴³

Informa André Gomma de Azevedo que no movimento de acesso à justiça podem ser identificados três períodos distintos: o mero acesso ao Poder Judiciário, o acesso ao Poder Judiciário com resposta tempestiva, e o acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada do Estado. (AZEVEDO, 2012, pp. 7-9) O terceiro – e atual – período de acesso à Justiça tem seu marco inicial, no Brasil, com o Movimento pela Conciliação proposto pelo CNJ no decorrer do ano de 2006, em parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

Vários modelos processuais distintos convivem nesta busca pela satisfação do jurisdicionado com o resultado do processo: o modelo judicial tradicional, a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem, bem ainda os modelos mistos. Há uma complementariedade neste pluriprocessualismo, com a utilização de métodos autocompositivos, heterocompositivos ou combinados. Nesta seara, o Poder Judiciário passa a funcionar como um centro de resoluções de conflitos,⁴⁴ utilizando-se de diferentes modelos processuais, incorporando métodos interdisciplinares, identificando as vantagens e desvantagens em cada um desses, sempre em busca de sua função de pacificação social.

O desenvolvimento desse sistema, no âmbito das ações individuais, coaduna-se com a já tradicional previsão no campo das ações coletivas. A Lei de Ação Civil Pública, Lei n.º 7.347/85, é instrumento processual destinado à tutela de interesses difusos da sociedade e, excepcionalmente, para a proteção de interesses coletivos ou individuais homogêneos. Nas ações civis públicas (ACP) propostas pelo Ministério Público, poderá haver, antes da propositura da ação, um procedimento prévio, um inquérito civil instaurado com amplos poderes instrutórios.

A produção de provas, ainda que não produzida em processo judicial, será de amplo

⁴³ A Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM foi criada com a finalidade de oferecer capacitações e cursos presenciais e à distância em técnicas de mediação, conciliação, negociação e outras formas consensuais de solução de conflitos. Farto material é disponibilizado em sua página, com a oferta de cursos à distância *on line*. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/enam/>>, com acesso em 22/01/2023.

⁴⁴ A experiência apontada como inauguradora desse modelo processual é a *Multidoor Courthouse* – Fórum Multiportas, capitaneada no final da década de 1970 por Frank Sander nos Estados Unidos da América.

conhecimento da Administração ou do indivíduo sob investigação. E com uma particularidade: como o que se almeja com o Inquérito Civil é a composição, através de um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), todos os dados que o autor da ação possuir serão compartilhados com a administração e com o investigado.

Apenas na hipótese de não se alcançar uma composição é que será ajuizada uma ação civil pública. E o provimento final requerido terá necessariamente um alcance amplo, para a satisfação dos interesses que legitimam a própria atuação do Ministério Público – interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A ação de improbidade, em sua redação original, quebrando a lógica do sistema de que faz parte, estabeleceu expressamente:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

A ação de improbidade administrativa destinada ao processamento do ato ímprobo é considerada uma ação *sui generis*, posto que apesar de ser regida pelas normas do Código de Processo Civil, por sua natureza, recepciona um conjunto de garantias constitucionais penais. (JORGE, 2006, p. 260)

Tais garantias assumem uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que defluem de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão. (GARCIA, 2006, p. 29) Desta forma, a aplicação ou não dos dispositivos da ação de improbidade administrativa deve ser analisada frente ao sistema principiológico constitucional.

A vedação às práticas consensuais estabelecida, em sua redação originária, no §1º do art. 17 da Lei n.º 8.429/92, foi amplamente discutida quanto à sua validade legal frente ao sistema jurídico nacional, diante do compromisso constitucional de solução pacífica dos conflitos. Em algumas situações, apesar da restrição, acordos de leniência foram celebrados no âmbito das ações de improbidade administrativa por diversos ministérios públicos brasileiros.

A proibição quebrava a lógica do sistema de responsabilização por atos contra a administração pública. No âmbito criminal, a Lei n.º 12.850/2013 regulamentou a possibilidade de colaboração premiada voluntária, com possibilidade de se alcançar perdão judicial ou ainda redução da punição. A contribuição, porém, não se refere à simples confirmação das informações já conhecidas, seja na fase policial ou judicial, mas terá seu mérito na apresentação

de fatos novos, que possibilitem a responsabilização de terceiros integrantes da organização criminosa.

Outra experiência de colaboração conhecida no sistema brasileiro é o acordo de leniência introduzido no sistema brasileiro para defesa da concorrência junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Lei n.º 12.529/2011. Trata-se da pactuação com empresas e seus representantes para interrupção de condutas ilegais e fornecimento de informações. As hipóteses de admissão desta modalidade de acordo são específicas e sua aplicação encontra-se vinculada à responsabilização de pessoas jurídicas.

A Lei n.º 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção ou Lei de Improbidade Empresarial, responsabiliza administrativa e civilmente pessoas jurídicas que ofendam a administração pública, e traz a possibilidade do acordo de leniência desde que este possibilite a identificação dos demais envolvidos e a obtenção célere de informações. Os acordos para fornecimento de informações têm permitido não somente no âmbito criminal, mas também no cível, em relação às pessoas jurídicas ampliar o espectro probatório, alcançando outros responsáveis além dos conhecidos e identificando valores provenientes de ilícitos.

A redação restritiva da LIA foi revogada pela Medida Provisória n.º 703, de 2015. Ocorre, entretanto, que tal Medida não foi convertida em lei, ocorrendo, deste modo, a repristinação da redação original, com a vedação da “transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.”

Apenas em 2019, através da Lei n.º 13.964, foi instituída a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível nos seguintes termos: “§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.”

A lacunosa redação do dispositivo, a desafiar os intérpretes e aplicadores do direito, necessitando tanto de normas subsidiárias do Conselho Nacional do Ministério Público quanto de normas de cada um dos ministérios públicos do Brasil, foi novamente reformulada, com um regramento mais detalhado, desta feita pela Lei n.º 14.230/2021:

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

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

§ 1º A celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo dependerá, cumulativamente:

I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;

II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;

III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

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

§ 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.

§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.

§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

Como adiante será demonstrado, ocorreu inegável avanço em tal tema, numa postura garantista e em respeito ao devido processo legal.

4.1 RETOMADA DA LIA AO SEU PONTO DE ORIGEM: REDUÇÃO DO ALCANCE E APLICAÇÃO A ATOS DE DESONESTIDADE

Antes de se adentrar nesse tópico, cabe um esclarecimento: o que na nova redação da LIA deixou de ser categorizado como ato de improbidade administrativa, não deixa de configurar um crime se houver previsão legal específica; de igual modo, não deixa de ser uma quebra do dever funcional suscetível a eventual procedimento administrativo disciplinar se houver previsão legal para tanto. Eventual conduta deixará apenas de se sujeitar à sistemática de apuração, de processamento e de sanção da lei de improbidade administrativa. Nada mais.

Há – essa é a realidade e o desiderato do legislador – uma drástica redução do alcance da LIA em razão, especialmente, da nova redação do art. 11, que deixa de estabelecer-se como tipo aberto e passa a ter tipicidade fechada, semelhante à do direito penal.

Essa alteração, para o Estado de Direito, que se lastreia em igualdade de tratamento e previsibilidade das regras, é uma novidade legislativa que deve ser celebrada – e acolhida! O agente público – agente político ou servidor público, qualquer que seja sua categoria – ganha regras estáveis para poder officiar em paz – princípio da confiança legítima – sabendo que ao não proceder a qualquer ato de desonestidade não terá contra si ajuizada ação por ato de improbidade.

Algo que possa ser compreendido como culposos, eventual negligência, poderá gerar responsabilidade administrativa em razão de tal fato. Eventual conduta cometida em sua vida privada, mas sem impacto ao interesse ou ao patrimônio público, poderá ensejar responsabilização administrativa ou até mesmo criminal, mas não no âmbito da normatização da improbidade administrativa. Se eventual conduta causar prejuízo à Administração, o agente poderá ser responsabilizado em ação ressarcitória no âmbito cível. Observe-se que não ocorreu uma legalização de condutas anteriormente vedadas, mas apenas a retirada de um conjunto de situações do âmbito de aplicabilidade da LIA.

A omissão na oferta de medicamentos ou de vagas em estabelecimento de ensino continua sendo ilegal, mas deixa de ser, por expressa disposição, ato de improbidade administrativa. Constitui grave falha na política pública, mas não se relaciona com o núcleo da improbidade: desonestidade.

Situação diversa pode ser identificada se eventual agente público - um prefeito ou secretário municipal, p.ex. - adquirir veículos para transporte escolar e desviar estes bens para outro fim. Poderá se configurar improbidade não por ausência de transporte, mas pelo desvio, com o objetivo de obtenção de alguma vantagem indevida, na utilização desses veículos de transporte escolar.

A Lei de Improbidade voltou aos seus eixos – o combate da desonestidade. Qual o efeito prático dessa opção legislativa?

Na casuística, situações graves processadas na sistemática da improbidade deixarão de o ser. A título de exemplo, três situações gravíssimas – infelizmente mais comum do que se gostaria – deixarão de se submeter à apuração, processamento e julgamento no âmbito da lei de improbidade: tortura provocada por agente de polícia; assédio sexual ou moral; e racismo no âmbito do serviço público.

Na primeira hipótese - tortura provocada pelo agente de polícia – a conduta viola todas as regras de direitos humanos e é inaceitável no Estado de Direito.

Havendo notícias de tal fato, o Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito policial para tal fato ou proceder ele mesmo sua investigação. O autor de tal conduta deverá ser processado criminalmente pelo Ministério Público por tortura, e poderá ser afastado cautelarmente de suas atividades pelo juízo criminal. Em sendo condenado, o juízo deverá aplicar a penalidade acessória de perda do cargo público.

Na segunda hipótese, de igual modo gravíssima - assédio sexual ou assédio moral realizado por servidor público - o fato de não ser tipificado como ato de improbidade, não significa sua descriminalização. De modo semelhante à primeira hipótese, o Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito policial para tal fato ou proceder ele mesmo a investigação. O autor de tal conduta deverá ser processado criminalmente pelo Ministério Público, e poderá ser afastado cautelarmente de suas atividades pelo juízo criminal. Em sendo condenado, é cabível a aplicação da penalidade acessória de perda do cargo público.

Observe-se, de igual modo, que a conduta pode exigir uma análise mais detalhada. E se eventual assédio moral tiver por objetivo fazer com que um servidor subordinado adote uma prática que beneficie ou que produza uma vantagem indevida para alguém? Tal conduta poderá configurar ato de improbidade.

A terceira hipótese – racismo praticado no âmbito da Administração Pública por servidor – é conduta repugnante. É criminosa e atenta contra os princípios da Administração, mas deixa de ser ato de improbidade administrativa. O condenado por prática de racismo poderá ser afastado dos quadros da Administração Pública? Sim, mas no processo criminal ou em procedimento administrativo para averiguar a gravidade do fato. Nada impede que o PAD apene o agente público com demissão. Quando se assevera que tais fatos – todos gravíssimos - deixaram de configurar improbidade administrativa, não significa dizer que tais condutas restaram permitidas.

Afirma-se, apenas, que a nova redação da LIA a reconduziu para seu *locus* de origem: investigar e punir atos de desonestidade. Neste ponto, avançou ao estabelecer regras estáveis aos que com a Administração Pública se relacionam – agentes públicos em sentido amplo.

4.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NO ÂMBITO DA LIA COMO EXPRESSÃO DA CONSENSUALIDADE

O princípio do devido processo legal, como já esclarecido, comporta duas dimensões. Seu aspecto material significa que o Estado não pode privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos individuais. Para que haja qualquer restrição, deve-se haver razoabilidade ou proporcionalidade, como dito linhas acima, na medida. Sob o ponto de vista formal, o devido processo legal significa a obediência aos mandamentos legais relativos ao procedimento, quais sejam os princípios do acesso à justiça, do direito de ação, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da motivação da sentença, dentre outros.

As alterações legais em procedimentos não são um fim em si mesmo. No geral, prestam-se a uma finalidade de atuação sistêmica, ao expressar sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente e com os princípios processuais constitucionais.

Trícia Cabral, em produção sobre o tema da flexibilização processual, identifica que a alteração dos procedimentos decorre do princípio enunciado como princípio da adaptação, que não se confunde nem com fungibilidade, que é a admissão de mais de um meio idôneo, nem com a conversão, onde a utilização de um meio é modificada para outro. Porém, mesmo que se explique o fenômeno da flexibilização para a utilização do acordo como um incidente processual é necessário que verifique a compatibilidade com os demais princípios e qual a fundamentação para alteração. (CABRAL, 2010, p. 136)

No sistema democrático vigente, a garantia ao contraditório e à ampla defesa é condição para garantia do processo justo, posto que se deriva do princípio político da própria participação democrática. Já a igualdade relacional expressa o princípio da isonomia, ponto de partida para que haja harmonia e equilíbrio. Ressalta Fábio Medina Osório que o devido processo legal admite construções hermenêuticas mais ricas e coerentes em torno dos direitos de defesa, e especificamente sob suas palavras é por esta razão que: “o STF tem caminhado no sentido de aquilatar os direitos de defesa, incluído o contraditório, dentro do devido processo legal”. (OSÓRIO, 2015, p.441)

Considerando a amplitude deontológica contida no princípio do devido processo legal, verifica-se ser ele capaz de sintetizar os demais, como um super princípio. Sob o aspecto material, a celebração de acordos de não persecução cível não se apresenta como restrição à manifestação de vontade do réu.

Não havendo limitação aos direitos do réu, vez que decorre de sua manifestação de vontade, as condições de admissibilidade do acordo dependerão da correção da negociação a ser estabelecida entre as partes.

Nessa linha, a aplicação do acordo de não persecução cível em ações de improbidade adequa-se aos movimentos mundiais de pacificação consensual dos litígios, resguarda garantias como o contraditório, a ampla defesa, a razoável duração do processo, e a igualdade relacional, além de conferir maior efetividade e celeridade na solução dos litígios.

O Acordo de Não Persecução Civil (ANPC) consiste em um instrumento formalizado entre o Ministério Público ou colegitimados – nos termos das ADIs 7042 e 7043 DF - e o sujeito que praticou o ato de improbidade administrativa, onde esse reconhece a prática do ato e assume obrigações patrimoniais e/ou sancionatórias que, se não forem cumpridas, ensejará o impedimento de celebrar novo acordo pelo prazo fixado em lei. Nas palavras de Rafael Pereira:

Conceitua-se o acordo de não persecução cível como negócio jurídico bilateral realizado entre o legitimado à ação judicial por ato de improbidade administrativa e o sujeito ativo da prática do ato, visando solucionar consensualmente, antes ou durante o trâmite judicial, mediante a aplicação de obrigações semelhantes às sanções, podendo ainda haver o ressarcimento ao erário e a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, como forma de proteção eficiente da probidade e do patrimônio público. (PEREIRA, 2020, p. 56).

Fabício Bastos, ao tratar do tema, defende que o acordo de não persecução cível equivale a espécie de *pacto de non petendo* e, por isso, ostenta clara natureza processual. Para tanto, apresenta os seguintes fundamentos:

I. não interfere no direito material subjacente, pois não gera a sua disponibilidade; II. pode abranger aspectos secundários ou periféricos do direito material, tais como condições de modo, tempo e lugar, mas não sobre o seu cerne; III. não gera remissão da responsabilidade; IV. relaciona-se com a exigibilidade do direito material; V. relaciona-se com a pretensão processual. (BASTOS, 2021, p. 99).

Assim, inobstante a imperatividade estatal gerar a concentração do poder coercitivo, a Lei n.º 14.230/2021 disciplinou, de forma expressa, em seu art. 17-B, a aplicabilidade da consensualidade ao direito administrativo sancionador.

Deste modo, a atuação dos órgãos de controle, dos colegitimados e do Poder Judiciário deve buscar resultados eficientes, e a prática em outras searas do Direito demonstra a efetividade que a atuação concertada e negociada tem alcançado, especialmente no retorno ao patrimônio público de valores desviados.

A consensualidade⁴⁵ já estabelecida em outras áreas do direito, traz ao direito administrativo sancionador, especialmente no âmbito da improbidade administrativa, a possibilidade de conferir maior efetividade no retorno de recursos desviados aos cofres públicos, com a redução de custos de investigação e processuais, bem ainda, maior celeridade.

4.3 TIPOLOGIA E TAXATIVIDADE DOS ATOS ÍMPROBOS: APROXIMAÇÃO COM A NOVA LINDB

A normatização veiculada na nova redação da lei de improbidade administrativa se coaduna com a redação vigente do Decreto Lei n.º 4.657 de 04 de setembro de 1942, antiga LICC, hoje denominada de LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), que adotou em sua plenitude uma visão consequencialista e pragmática:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Leciona Fernando Leal que as recentes alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovidas pela Lei n.º 13.655/18 têm sido objeto de diversos

⁴⁵ Embora a imperatividade seja característica da atuação do Estado - que tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo - é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, da prática democrática, tem ampliado a atuação consensual do Poder Público. Assim, se tem somado aos tradicionais pactos públicos - contratuais e não contratuais - uma profusão de novas relações negociadas em que se privilegia o consenso como método para o mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado. Com efeito, esta abertura se tem dado em amplo espectro, abrangendo a colaboração no planejamento, na tomada de decisão, na execução, no controle e até mesmo na solução de conflitos, nesta hipótese com a difusão do emprego da conciliação, da mediação e da arbitragem. Pode-se, portanto, afirmar que a consensualidade se vem sobressaindo como uma válida alternativa para incrementar a eficiência administrativa, plenamente suportada, assim, no art. 37, caput, a Constituição, com sua atual redação ampliada. " MOREIRA NETO, 2014, p. 100.

comentários acadêmicos e reações institucionais. As alterações, esclarece o autor, foram estruturadas por Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, com atuação decisiva no Projeto de Lei n.º 349/15 do Senado. A reforma promovida pretendia lidar com “importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública”. Dentre eles, um dos mais importantes seria o uso excessivo de padrões vagos para sustentar decisões jurídicas. O objetivo, esclarece o autor, seria “elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público”. (LEAL, 2020, p. 36) Tais objetivos, nas palavras do autor, não foram alcançados como se pretendia.

No âmbito da lei de improbidade, a nova sistemática inaugurada pela Lei n.º 14.230/2021 avançou ao definir o que considera ato de improbidade. Já em seu art. 1º, §5º, estabelece:

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

A probidade é tomada como sinônimo de honestidade, e a moralidade é o critério para identificação do que pode ser considerado ímprobo ou não.

O princípio da moralidade é central para compreender se um ato é ímprobo ou não. A grande dificuldade na sistemática antiga era saber como se poderia interpretar um fato em relação à norma que era amplíssima.

A norma veiculada na redação original do artigo 11, por exemplo, trazia um conjunto de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados que geravam grandes incertezas quanto à sua aplicabilidade:

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;

Como se percebe da simples leitura, qualquer deslize ou irregularidade do agente público – agente político ou servidor público – poderia ser enquadrado nestas hipóteses. Neste cenário, o princípio da moralidade servia para auxiliar o intérprete na identificação do que seria considerado como algo violador da moralidade, uma vez que a letra fria da lei permitiria

compreender qualquer atraso em prática de ato de ofício como ato de improbidade administrativa.

A grande dificuldade hermenêutica – princípios e conceitos jurídicos interpretados com auxílio de outros princípios - para separar o que era e o que não era improbidade foi facilitada com a nova redação dada ao conjunto da LIA. E neste sentido, os órgãos de controle – controladorias, tribunais de contas - o Ministério Público, os colegitimados e o Poder Judiciário vão poder se ater, no âmbito de aplicação da LIA, ao que realmente importa combater: os atos de corrupção.

Na nova sistemática, mais garantidora, há a descrição específica de condutas violadoras dos princípios da Administração, mas em *numerus clausus*. A nova redação do artigo 11 delimita “as seguintes condutas” como violadoras de princípios para fins de reconhecimento de improbidade administrativa:

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:

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado;

IV – negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei;

V – frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos.

Tais situações, graves, continuam previstas no artigo 11. Na nova sistemática, a própria lei traz o conceito de improbidade e a tipologia de forma sistêmica. Busca trazer, na esteira da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro em sua nova redação, algo de segurança jurídica.

Neste passo, cabe o seguinte questionamento: a nova redação da LIA, com sua postura mais garantista e atrelada ao devido processo legal, vai impedir o processamento e a imposição de sanções a agentes públicos corruptos? A resposta é negativa.

Vai impedir, em realidade, que os órgãos de controle, Procuradorias e Ministério Público molestem servidores e demais agentes públicos por atos que não tenham gravidade e que possam ser punidos ou resolvidos através de outro tipo de sanção - por exemplo, uma sanção administrativa num procedimento disciplinar.

A lei de improbidade administrativa não foi idealizada para punir toda e qualquer situação envolvendo má aplicação ou compreensão errônea do direito administrativo. Um conjunto de processos que assoberbava o Poder Judiciário, com pouquíssimos resultados práticos, não deverá ter sequer início. A ação de improbidade voltou ao seu eixo: identificar e punir atos de desonestidade.

Como já exposto acima, as condutas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11 necessitam, para sua configuração, da comprovação do dolo de ter uma vantagem indevida.⁴⁶ Se não se comprovar essa vantagem indevida no processo, não há improbidade. Essa vantagem indevida se dá razão do cargo que o servidor ou agente político ocupa. A LIA busca uma sanção pessoal daquele que pratica atos em que busca uma vantagem para si ou para outrem, podendo eventualmente causar prejuízo à Administração (art.10).

Na prática, os artigos 10 e 11 sempre funcionaram como espécie de “norma reserva” em razão da desnecessidade de se comprovar o benefício auferido. Na sistemática atual, mais garantista, em todas as hipóteses há de se se comprovar o dolo específico para a correta identificação do tipo. Neste sentido, o art. 17-C estabelece:

A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

I - indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, que não podem ser presumidos;

⁴⁶ O fim de obtenção de proveito ou benefício está previsto no § 1º do 11, e se aplica, por força do §2º, a toda a tipologia de improbidade: “§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.”

Em seguida, nesta nova sistemática, o art. 17-D delimita ainda mais o âmbito de aplicação da referida Lei:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Em nome da segurança jurídica, as normas estão mais claras. A ação de improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, e destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal. As inovações acima delineadas tendem a reduzir o risco de mal uso pelos órgãos superiores da Administração, no exercício de representações ao Ministério Público, bem ainda pelo próprio Ministério Público ou colegitimados, no ajuizamento de ações temerárias. Ações temerárias atentam contra o Estado de Direito, produzem insegurança jurídica e desviam a atenção dos atos graves que realmente merecem controle.

Na prática do controle da Administração, perde-se tempo com apurações sem relevância e deixa-se de apurar os graves desvios de verbas públicas, produzidos em processos mais elaborados. Procedimentos para apuração de fatos irrelevantes tomam tempo e tiram o foco daquilo que o Ministério Público – e os entes vitimados por atos de improbidade – devem se ocupar.

Na esteira do trecho de lei acima transcrito, cabe a seguinte pergunta: a não oferta de medicamento de dispensação obrigatória por um determinado município é um fato grave? A resposta é positiva! Entretanto, na atual sistemática, a ação de improbidade não poderá mais ser usada para tal fim. A ação de improbidade não pode ser utilizada por fungibilidade, como se ação civil pública fosse. A tipicidade e as demais normas trazidas na redação atual delimitam a sua aplicabilidade. Observe-se que não se utilizou a expressão “limita”: no Estado de Direito as regras processuais devem ser claras e estáveis para que se garanta a previsibilidade quando do momento da aplicação do direito. Neste passo, a nova redação da lei de improbidade avançou consideravelmente.

Se coaduna, como não poderia deixar de ser, com as novas disposições do Decreto Lei n.º 4.657 de 04 de setembro de 1942, denominada de Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que dispõe: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Não há espaço para sanções por ato de improbidade decorrente de culpa, ou, mais grave ainda, através de qualquer imposição de responsabilidade objetiva.

4.4 ALTERAÇÕES SUBSTANCIAIS NO REGIME DAS SANÇÕES E A VINCULAÇÃO À PROPORCIONALIDADE

Neste passo, o art. 12 da lei de improbidade sofreu profunda reestruturação. Em seu caput, com aparente obviedade, impõe ao julgador observância o dever de proporcionalidade entre o ato cometido e a sanção:

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

As sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração. Nos incisos I, II e III a lei estabelece quais as sanções aplicáveis aos artigos 9º, 10 e 11, no âmbito do poder de estatuição primária de normas própria do Poder Legislativo.

4.4.1 Ampliação de prazos de restrição de direitos políticos e de capacidade administrativa

A nova redação alterou sobremaneira a sistemática dos incisos I, II e III. A severidade das condutas previstas no art. 9º da lei de improbidade justifica as previsões ainda mais restritivas estabelecidas no inciso I, com a seguinte redação:

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

Na nova sistemática, os prazos das restrições de direitos impostas – suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou

incentivos fiscais ou creditícios – foram dilatados do máximo de dez anos para até catorze anos, não havendo, entretanto, previsão de prazo mínimo para a restrição.

Nas hipóteses do art. 10, doravante passível de tipificação apenas dolosa, a gravidade das condutas também justifica a aplicação de graves sanções, mas razoavelmente menos severas que as previstas para as infrações estabelecidas no art. 9º:

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

Observe-se, entretanto, que as sanções são mais severas que previstas na normatização anterior, especialmente no que se relaciona com a suspensão de direitos políticos, antes estabelecida entre cinco e oito anos, e a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, antes fixado em cinco anos. Não há, entretanto, previsão de prazo mínimo para a restrição.

Reduzem, em ambas as hipóteses – I e II do art. 12 – o valor da multa civil, limitado ao valor do dano comprovado.

Houve mais atenção do legislador reformador quanto a proporcionalidade na aplicação das sanções e ao atrelamento destas à gravidade dos danos e das condutas. No geral, em razão da sanção mais temida pelo agente público ser a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pode-se afirmar que tais sanções, mais severas, não serão aplicadas a fatos anteriores à vigência da Lei n.º 14.230/2021.

A aplicação prática tornará claro se a ausência de prazo mínimo será utilizada para conferir ao julgador maior poder de aplicação proporcional das sanções, de acordo com a gravidade, ou se servirá de porta à impunidade.

4.4.2 Aplicação reduzida de sanções em caso de ofensa de pouca monta

Ainda na linha de assegurar a observância da proporcionalidade entre ato e sanção, estabelece a redação da nova lei, em seu § 5º do art. 12:

§5º. No caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do

dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, nos termos do caput deste artigo.

Tal imposição inova consideravelmente a sistemática anterior que já vinha sendo abrangida pela jurisprudência e objeto de alteração legislativa. Para criar a possibilidade legal de aplicação das penas isoladas ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, a Lei n.º 12.120/2009 alterou a redação do referido artigo, e estabeleceu o seguinte:

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

A redação do § 5, em sua redação reformada pela Lei n.º 14.230/2021 vai além ao estabelecer a obrigatoriedade da sanção apenas de multa “no caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei”. Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, dependerá, no caso concreto, de atuação do intérprete. Identificada essa menor ofensa, a única sanção cabível será a de multa. Esta redação ajusta-se ao dever de proporção das penas, e, sendo bem aplicada, evitará abusos do poder público – órgãos de controle, colegitimados e Poder Judiciário.

Conforme já esclarecido no tópico 2.3 acima, a jurisprudência dominante indica a não serventia do princípio da insignificância, nascido no âmbito do Direito Penal, e que exclui a tipicidade da conduta do agente, à sistemática da lei de improbidade administrativa.

A previsão trazida na nova redação se coaduna com a jurisprudência e estabelece a aplicação de uma sanção justa, menor em razão da menor gravidade ou lesividade da conduta, mas não a impunidade.

4.4.3 Exclusão da suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública em hipóteses de atos trazidos no art. 11

No campo das sanções por violação a princípios, retirou a possibilidade de imposição de suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública, nos seguintes termos:

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

Tal normatização se coaduna com a posição do Supremo Tribunal Federal que, ainda na vigência da redação anterior, proferiu decisão judicial na ADI n.º 6.678, em outubro de 2021. O Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática, sustentou que a suspensão de direitos políticos por atos de improbidade administrativa, veiculadas no artigo 15, V, da Constituição Federal, uma das sanções mais graves previstas em todos os incisos do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, deve se limitar a atos ímprobos dolosos:

Ante o exposto, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário (artigo 21, V, do RISTF; artigo 10, § 3º, Lei 9.868/1999), com efeito *ex nunc* (artigo 11, § 1º, da Lei 9.868/99), inclusive em relação ao pleito eleitoral de 2022, para:

(a) conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso II do artigo 12 da Lei 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem danos ao erário; e
(b) suspender a vigência da expressão 'suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos' do inciso III do artigo 12 da Lei 8.429/1992.

A nova redação, na linha defendida na dissertação que se apresenta, e compromissada com o dever de proporcionalidade, retirou a possibilidade de aplicação da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública, sendo mais benéfica aos acusados de tais atos, e deveria ter aplicação retroativa.

No julgamento do Tema n.º 1199, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ainda que não tratando especificamente acerca desse tópico, sinalizou sua postura ao vedar a aplicabilidade automática das novas regras a fatos pretéritos à vigência da nova lei, nos seguintes termos:

11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador. (ARE 843989 / PR)

De todo modo, mesmo com a posição restritiva do Supremo Tribunal Federal, a norma em sua atividade produzirá resultados mais justos em sua aplicação prospectiva.

4.4.4 Perda da função pública que o agente esteja ocupando por ocasião do julgamento

A nova redação inovou ao estabelecer no § 1º do artigo 12 a seguinte restrição na aplicação da perda de função pública:

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

Da leitura atenta do dispositivo, em cotejo com as demais normas trazidas no mesmo artigo, observa-se que i) a perda da função pública não se aplica às hipóteses do inciso III do art. 12 (atos de improbidade que atentem contra princípios da Administração); ii) aplica-se às hipóteses dos incisos I e II, atingindo apenas vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político ocupava na época do cometimento da infração; iii) poderá, o magistrado, excepcionalmente, nas hipóteses do inciso I, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração. O regramento é mais benéfico que as disposições anteriores.

A jurisprudência, entretanto, já sinalizava neste sentido, de cotejar a natureza dos cargos ocupados no momento da infração e no momento da condenação como determinantes para a decretação da perda da função:

A sanção de perda de função pública prevista pelo artigo 12 da Lei 8.429/92 não pode atingir cargo público diferente daquele ocupado pelo agente ao praticar a conduta ilícita. [...] No caso, a implementação da perda do cargo poderá ser levada a efeito caso o recorrente venha a exercer outro mandato como vereador (no momento do trânsito em julgado), mas, se for outro o cargo por ele ocupado (no referido momento), não”. RECURSO ESPECIAL Nº 1.766.149 - RJ (2014/0175543-6) DJe 04/02/2019.

Em dezembro de 2022, ao analisar pedido de liminar na ADI n.º 7236, o Ministro relator Alexandre de Moraes deferiu parcialmente a medida cautelar, para suspender a eficácia do dispositivo legal em testilha. Ainda assim, produzirá resultados mais justos em sua aplicação prospectiva.

4.4.5 Exclusão da defesa preliminar no rito processual

A sistemática da redação original da lei de improbidade, com nítida inspiração no processo penal para apuração de crimes contra a administração pública praticados por “funcionários públicos”, estabelecia um procedimento de defesa prévia. Tal procedimento integrava o devido processo legal da ação de improbidade, o que significa dizer que gerava a possibilidade de nulidade do processo na hipótese de sua inobservância.

Somente após o exame da defesa prévia, o juiz teria a possibilidade de analisar sua plausibilidade. Sendo positivo seu juízo de admissibilidade, expediria decreto de citação do imputado. Era essa a sistemática vigente:

Art. 17 [...]

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

Na redação atual toda essa sistemática deixou de existir, simplificando o procedimento e retirando um incidente que apenas trazia mais atrasos à efetivação da justiça.

4.5 APLICABILIDADE DA NOVA LIA NO ARCABOUÇO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DO GARANTISMO PENAL: A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE

A aplicação retroativa ou não das leis, a depender de seu conteúdo, pode configurar um desafio ao intérprete, e não se resolve em termos de tudo ou nada. Em razão da matéria trazida na lei – cível, administrativa e criminal – ela poderá retroagir em algumas situações e não retroagir em outras. Poderá, ainda, ter uma aplicação prospectiva, no âmbito processual, aplicando-se imediatamente no processamento de fatos passados.

Conforme já tratado linhas acima, a determinação legal da sujeição da improbidade administrativa à sistemática do direito administrativo sancionador traz um conjunto de consequências práticas, especialmente no que atine à retroatividade da norma.⁴⁷

⁴⁷ No Processo ARE 843.989, o Min. Rel. Alexandre de Moraes ao asseverar ser o tema da irretroatividade/retroatividade da nova redação da LIA assunto de "superlativa relevância", emitiu liminar no seguinte sentido: "Com efeito, (a) o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico e (b) a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide. Reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional, para definição de eventual: "(ir)retroatividade das disposições da lei 14.230/21, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo - dolo - para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente."

Em relação ao artigo 9º, em sua atual redação, há hipótese de continuidade normativa da tipicidade dos atos de improbidade nele elencados. O *caput* tem a seguinte redação:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

O rol de condutas descritas como atos de improbidade continua aberto, sendo meramente exemplificativo – sentido da expressão “e, notadamente”. Não houve revogação de incisos, mas apenas alteração na redação de alguns incisos (IV, VI e VII)⁴⁸. Note-se que mesmo que houvesse revogação de incisos, em razão da previsão do *caput* continuar aberta, não haveria a abolição específica da conduta revogada.

O artigo 9º da LIA, que é realmente o artigo em que se concentram as condutas com nítida desonestidade e violação da moralidade administrativa, permanece intacto.

O art. 10 trouxe inovações consideráveis ao retirar da lei de improbidade a possibilidade de reconhecimento de conduta culposa, e exigir, como elemento objetivo da conduta, que eventual perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens da entidade vitimada seja efetiva e comprovada. Manteve, de modo semelhante ao art. 9º, rol de condutas com natureza exemplificativa nos seguintes termos:

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

No âmbito da dissertação em apresentação, é expressão do devido processo legal ao exigir que a ação ajuizada e a correlata decisão identifiquem os prejuízos causados pela conduta (ação ou omissão) dolosa. Afasta as presunções de danos, tão comuns na jurisprudência pátria, que doravante deverão ser trazidos já na petição inicial. O acusado deverá saber de que imputação se defenderá.

Não houve, entretanto, redução relevante do âmbito de aplicação do art. 10, uma vez que as condutas, mesmo que eventualmente revogadas, estarão previstas genericamente no *caput* do artigo – conduta dolosa que enseje comprovadamente perda patrimonial.

⁴⁸ O inciso VII inseriu mais um elemento objetivo para a caracterização da conduta: a origem ilícita dos valores. Os bens, desproporcionais à renda do agente públicos, devem ser adquiridos com valores decorrentes de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade.

A redação dos incisos trouxe alterações em quatro deles (I, VIII, X, XIX) e a revogação de um (XXI). Na análise comparativa dos dispositivos mencionados, a nova redação reforçou a previsão já trazida no *caput* do art. 10, ao dispor a) no inciso I, que a incorporação ao patrimônio particular é “indevida”; b) no VIII, ao tratar da frustração do caráter competitivo de processo licitatório ou seletivo para celebração de parcerias com entidades privadas, exigiu perda patrimonial efetiva”; c) no X, substituiu a conduta negligente pela conduta ilícita na arrecadação de tributos ou renda e conservação de patrimônio público; d) no XIX, de modo semelhante, alterou a atuação negligente por atuação “para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas” de parcerias com entidades privadas.

O inciso revogado tinha a seguinte redação: “XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.” Observe-se que tal inciso, por não exigir para sua configuração “efetiva e comprovadamente” qualquer perda patrimonial, tal conduta não estará abarcada pela previsão geral – tipo geral – do *caput* do art. 10.

A opção do legislador reformador está a serviço da segurança jurídica ao retirar a conduta culposa do rol de atos identificáveis como de improbidade. Como já trazido linhas acima, a lei de improbidade foi pensada para punir o agente público desonesto, não o inábil.

A doutrina muito se ocupou em dar o sentido à culpa trazida na lei de improbidade em sua redação original. Cunhou a noção de culpa grave. Mas o que seria essa culpa grave?

Não seria a culpa comum – negligência, imprudência ou imperícia - do homem diligente, mas uma culpa irrazoável que poderia ser atribuída a um determinado agente. Isso gerou dificuldades e grande insegurança jurídica. Essa conduta culposa poderia ser compreendida como grave para um intérprete/aplicador e não ser entendida de igual modo por outro. Haja ação, haja processo e haja recurso!

Na atual sistemática, a existência da conduta com a comprovação da efetiva perda patrimonial, somada ao fim de obter proveito ou benefício indevido, atenderá à tipicidade da cabeça do artigo 10 em sua redação atual.

Todos os procedimentos para apuração de atos de improbidade na modalidade culposa que estão correntemente em andamento, nos termos do defendido nesta dissertação, deverão ser extintos. A lei nova retroage para produzir efeitos a fatos materialmente ocorridos no passado. É consequência da aplicação, conforme já explicitado no decorrer da presente

dissertação, do disposto no § 4º do art. 1º: “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.” Essa posição foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n.º 1199.⁴⁹

Observe-se a seguinte situação hipotética: determinado município construiu um posto de saúde em um terreno de propriedade da União. É caso em que a jurisprudência dominante identificava como sendo culpa grave. Tal situação, na nova sistemática, deixa de configurar ato de improbidade administrativa. Tal conduta, entretanto, poderá não restar impune: é possível responsabilizar por meio de ação de perdas e danos, de natureza ressarcitória, ajuizada pela Procuradoria do Município, em desfavor do agente público causador do dano, em hipótese de demolição do bem municipal.

Relativamente à nova redação do art. 11 da LIA, houve profunda alteração em sua sistemática. Trouxe a mais significativa mudança, que opera a ideia de segurança jurídica que todos os que integram ou com a Administração se relacionam necessitam. Essa é a sua redação atual:

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:

Não mais, como em sua redação antiga, faz-se presente a expressão “e, *notadamente*.” Aqui as hipóteses previstas são taxativas. A revogação dos incisos gera a abolição da conduta antes tida por ímproba e deveria operar retroativamente. Conforme já explicitado, lamentavelmente essa não foi a compreensão do Supremo Tribunal Federal no Tema n.º 1199, que vedou a aplicação retroativa desse dispositivo a fatos materialmente ocorridos antes da vigência da norma.

Na redação anterior, além dos princípios da honestidade, da imparcialidade e da legalidade, estava presente ainda a “lealdade às instituições”. O conceito jurídico indeterminado - lealdade às instituições - é muito amplo, podendo uma simples crítica ao modo de funcionamento do órgão ensejar a responsabilização por improbidade administrativa.

O inciso I, ora revogado, estabelecia como ato de improbidade: “praticar ato visando fim proibido por lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de

⁴⁹ “A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.” Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>, com acesso em 07/01/2023.

competência.” Não possui qualquer conteúdo, tudo podendo, em prejuízo do Estado de Direito, ser encaixado aqui.

O inciso II, também revogado, servia para todo fim, menos para a proteção da probidade: “II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.” Qualquer conduta poderia ser considerada improbidade administrativa.

Os agentes públicos investigados, processados ou condenados por deslealdade à instituição a que esteja vinculado ou por algum dos incisos – qualquer dos incisos do art. 11 - que tenham sido revogados, deveriam naturalmente se beneficiar dessa abolição. Entretanto, não foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que acatou unicamente sua aplicação a fatos ocorridos após a vigência da Lei n.º 14.230/2021.

A nova redação manteve como conduta ímproba situações relevantes e bem delineadas: a) revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições; b) negar publicidade aos atos oficiais; c) frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, chamamento ou processo licitatório; d) deixar de prestar contas com vistas a ocultar irregularidades; e) revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, teor de medida política ou econômica antes da divulgação oficial; e, f) descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas.⁵⁰

Tipificou no inciso XI, como conduta ímproba, o nepotismo.⁵¹ Observe-se, pela redação do art. 11, que se tal conduta não fosse elencada em seu texto, tal conduta deixaria de ser um ato de improbidade administrativa.

⁵⁰ III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado;

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei;

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

⁵¹ XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

Foi tipificado como improbidade a prática, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, de ato de publicidade de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização.⁵²

E como ficam as condutas enquadradas apenas no *caput* do art. 11? Em todas essas situações ocorreu hipótese de descontinuidade normativa típica. Quem está sendo investigado, processado ou foi condenado com lastro no *caput* da regra, deveria se beneficiar integralmente dessa *abolitio*. Não há mais tipicidade – o fato tornou-se atípico. O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou expressamente sobre essa questão. Por analogia ao decidido no Tema 1199, mantendo-se a lógica, a tendência é que se decida pela irretroatividade na hipótese de situações já transitadas em julgado, acatando-se, entretanto, o reconhecimento da *abolitio* a situações ainda não consolidadas, não transitadas em julgado.⁵³

Nas hipóteses de descontinuidade normativa típica - réu foi indiciado por atos enquadrados no *caput* do 11, em incisos revogados do 11 ou conduta culposa estabelecida no art. 10 - a lei nova deveria retroagir para beneficiá-lo.

Ao excluir um conjunto de condutas do âmbito de aplicação de LIA, os órgãos de controle e colegitimados deixam de focar muitas vezes em condutas de pouca relevância e podem se dedicar às situações que realmente importam: o combate efetivo da corrupção, como estabelecido nos artigos 9º e 10.

Se ação de improbidade estiver em curso, a nova redação deveria provocar a extinção do processo sem resolução de mérito por perda superveniente do objeto. É hipótese clara de *abolitio criminis* e em razão da aplicação do chamado direito administrativo sancionador, os fatos investigados não deveriam mais representar o ato de improbidade administrativa. Tal compreensão, entretanto, não foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n.º 1199. Tal postura do Supremo Tribunal Federal tende a produzir mais situações de injustiça do que de justiça.

Quando da execução ou do cumprimento de sentença, deveria proceder com a defesa típica - impugnação, embargos e exceção de preexecutividade - ainda que o prazo tenha expirado, por se tratar de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício.

⁵² XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos.

⁵³ “3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;” Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>, com acesso em 07/01/2023.

Se o processo já tivesse se encerrado e o agente público já estiver condenado por improbidade administrativa, a defesa poderia ajuizar ação rescisória e requerer, em razão da descontinuidade normativa, que se apagassem todos os efeitos que existiam. Exemplificando: se o sujeito foi condenado por improbidade com base no *caput* do artigo 11 e estiver afastado/exonerado de seu cargo, ele deveria requerer que se cessasse a sanção de maneira imediata, reconduzindo-o ao cargo, inclusive.

A expressão “descontinuidade normativa típica de ato de improbidade” é aqui utilizada para tornar claro que condutas previstas como improbidade não mais o são; deveria se aplicar, em benefício do investigado, do réu ou do condenado, os princípios do direito administrativo sancionador.

Entretanto, de modo diverso do defendido nessa dissertação, do teor da lei e do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, dentre tantas interpretações possíveis, o Supremo Tribunal Federal optou por reconhecer no Recurso Extraordinário com Agravo do Paraná (ARE/PR) n.º 843989, que Fixou Tese de Repercussão Geral para o Tema n.º 1199, que a norma mais benéfica – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – prevista pela Lei n.º 14.230/2021 não é retroativa e, consequentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

De acordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal:

“12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, a Lei nº 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 (trinta) anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado”. (ARE/PR nº 843989, p. 4).

A nova regra da prescrição também traz desafios ao intérprete quanto à sua retroatividade e seus limites. A dificuldade maior reside no fato de trazer a nova redação normas que beneficiam e normas que prejudicam o investigado ou réu em processo de improbidade.

A regra geral, trazida no *caput* do art. 23 é prejudicial ao investigado ao ampliar de 5, na redação original, para 8 anos o prazo prescricional. De igual modo prejudica o investigado/réu ao estabelecer várias causas interruptivas antes não previstas. Esta é a redação vigente:

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

[...]

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

I – pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II – pela publicação da sentença condenatória;

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

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

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

Em regra, por serem prejudiciais não se aplicam retroativamente – fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

Observa-se, entretanto, que a mesma lei criou a modalidade de prescrição intercorrente, que estabelece que, caso seja interrompida a prescrição, o prazo começa a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no *caput* do art. 23 – por 4 anos:

§ 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.

Nesta hipótese, em que a aplicação da norma beneficia o réu de processo em curso, dá-se o que se denomina de aplicação prospectiva da regra. A regra de prescrição mais benéfica deveria atingir o processo no momento e estado em que ele se encontrasse, devendo a lei ser aplicada para o reconhecimento de prescrição intercorrente - 4 anos entre os marcos interruptivos. Tal compreensão, entretanto, não foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n.º 1199, aplicando-se os novos marcos temporais apenas a partir da publicação da Lei n.º 14.230/2021.

4.6 SEGURANÇA JURÍDICA, NOVA LINDB E REDUÇÃO DOS RISCOS DE ABUSO DE AUTORIDADE DOS ENTES ESTATAIS

O sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa, sofreu forte impacto com a nova redação dada à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Assim estabelece o artigo 20:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Mais adiante, o art. 22 estabelece:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados

O art. 20 da LINDB obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão.

Esse dispositivo não proíbe que se decida com base em valores jurídicos abstratos. No entanto, todas as vezes em que se decidir com base em valores jurídicos abstratos, deverá ser feita uma análise prévia de quais serão as consequências práticas dessa decisão.

O dispositivo legal retromencionado introduz a necessidade de o órgão julgador considerar um argumento metajurídico no momento de decidir: “consequências práticas da decisão”. Em outras palavras, a análise das consequências práticas da decisão passa a fazer parte das razões de decidir.

Assim, as alterações na LINDB vieram para amenizar efeitos indesejados no âmbito do poder público trazendo como pilares da mudança a necessidade de fundamentação e a compreensão do que se convencionou denominar de “consequencialismo jurídico”.

Flávio Tartuce leciona que “*O consequencialismo foi introduzido no ordenamento brasileiro com a edição da Lei nº 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para trazer ‘segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público’*”. (TARTUCE, 2020, p. 83)

Ademais, a decisão judicial não poderá impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21, parágrafo único).

As disposições acima transcritas foram inseridas pela Lei n.º 14.230, de 2021, com semelhante redação, na lei de improbidade administrativa no artigo que especificamente trata da decisão judicial:

Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

II - considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos;

III - considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente;

Neste sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa não se pode desconsiderar a nova lei de abuso de autoridade – Lei n.º 13.869/2019 - aplicável, por expressa previsão a membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos tribunais ou conselhos de contas. Busca restringir atuações, especialmente de órgãos de controle, que possam desbordar dos marcos do devido processo legal. Assim estabelece o art. 1º, § 1º:

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Observe-se que, de modo semelhante ao que traz a nova redação da lei de improbidade, mas no âmbito do direito penal, a lei estabelece como elemento subjetivo do tipo o dolo específico – “a finalidade específica” – de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.”

A lei de abuso de autoridade é mais uma lei com o claro propósito de ofertar segurança jurídica ao indivíduo, ao jurisdicionado. Aquele que controla, aquele que processa e aquele que julga não poderão abusar de sua posição para prejudicar deliberadamente alguém ou por capricho ou satisfação pessoal.

Ainda no sistema de responsabilização por ato de improbidade, a Lei Anticorrupção ou Lei de Improbidade Empresarial - Lei n.º 12.846/2013 - em seu art. 1º, estabelece seu objeto:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A referida lei prevê o acordo de leniência, voltado para pessoas jurídicas, relacionada à improbidade empresarial, ao passo que o foco da lei de improbidade é a pessoa física, é o agente público, podendo haver, eventualmente, a participação de particular ou mesmo de pessoa jurídica. Por isso que se trata de um sistema de responsabilização, e a nova redação da lei de improbidade está sendo integrada a este sistema. O ANPC, por óbvio, assemelha-se, em seus objetivos, ao acordo de leniência, aplicando-se, entretanto, às pessoas naturais.

Em termos claros: a nova redação da lei – pode-se até mesmo falar de Nova Lei de Improbidade Administrativa – traz que nenhum servidor ou agente político, que não praticar ato de desonestidade responderá por improbidade administrativa. Apenas o ato doloso de

desonestidade, com dolo específico de obter uma vantagem indevida poderá ensejar a responsabilização.

Se esse ato não for praticado, nenhum servidor será injustamente processado por ato de improbidade administrativa, trazendo segurança jurídica nesse aspecto. Na sistemática anterior, nenhum agente público poderia ter essa tranquilidade.

Por tudo o que foi exposto, a nova redação da Lei de Improbidade, veiculada através da Lei n.º 14.230/2021, ainda que tenha tido sua eficácia reduzida por decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que atine à sua aplicação retroativa, trouxe ganhos consideráveis em termos de segurança jurídica, sendo expressão da adoção de uma postura mais garantista tanto na identificação, quanto no processamento e julgamento de atos de improbidade administrativa.

5 CONCLUSÕES

Dada à natureza interdisciplinar da tese apresentada, serão expostas em conclusões, de maneira sumariada, as principais posições teóricas defendidas nos três capítulos da obra. Compõem o epílogo da exposição e não trazem temas novos, mas tratam de agrupar, a pretexto de conclusão, o que de mais relevante foi produzido na pesquisa, seguindo a ordem de exposição no texto.

No Estado de Direito, as constituições escritas reforçam a institucionalização e a despersonalização do poder político, alicerce do Direito Constitucional moderno. Representam um sistema de valores da vida pública, sendo o Estado, por todos os detentores de parcelas de poder, indissociado dela. Nesse contexto, a ideia de constitucionalização se espraia ao processo, associando-se à restrição do poder estatal e ao império da lei (*rule of law*).

O devido processo legal surgiu na Inglaterra através da expressão “*the law of the land*” inserida na “*Magna Carta Libertatum*” de 1215. Incorporado ao constitucionalismo norte-americano em 1791, através da Emenda n.º 05, continuou a ser aplicado, de forma semelhante à Inglaterra, sob a perspectiva meramente instrumental.

No Brasil, a vigente Constituição Federal trouxe em seu art. 5º, LIV, a cláusula principiológica do devido processo legal, conferindo proteção especial aos direitos e garantias fundamentais ao estabelecer no § 1º, do art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A consagração da cláusula principiológica do devido processo legal (“*due process of law*”) através de suas vertentes “*procedural due process of law*” e “*substantive due process of law*” resultou de um processo histórico evolutivo e gradual.

A cláusula principiológica do devido processo legal substancial se serve do postulado ou princípio instrumental da razoabilidade/proporcionalidade como recurso metodológico indispensável à concretização hermenêutica de um direito processual mais legítimo e efetivo.

A Lei de Improbidade Administrativa, em razão de sua natureza, é repleta de referências a regras de discricionariedade, a conceitos jurídicos indeterminados e a princípios, o que, no âmbito do direito administrativo sancionador, tende a gerar mais problemas que soluções.

Regras e princípios são espécies de normas, podendo ser formulados utilizando-se das expressões deônticas básicas de mandado (ordem, obrigação), permissão e proibição. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre dois tipos de normas: as regras são mandatos definitivos enquanto princípios são mandatos de otimização.

Transplantar essa teoria, que elastece o conteúdo dos princípios, ao âmbito do direito administrativo sancionador é problemático. É um contrassenso a utilização de uma filosofia garantidora de direitos humanos para promover a restrição de direitos dos indivíduos no âmbito da improbidade administrativa, especialmente quando se tratar da violação de princípios. De igual modo, o elastério dado à discricionariedade – das penas, especialmente - e aos conceitos jurídicos indeterminados não parece ser apto a gerar incriminação.

A Lei de Improbidade Administrativa trouxe dificuldades em sua aplicação processual desde o seu nascedouro. Prometeu, em sua exposição de motivos, reprimir a improbidade, respeitando o procedimento legal adequado – devido processo legal – através de meios próprios à consecução deste objetivo sem suprimir as garantias constitucionais pertinentes.

A insegurança jurídica parte da ausência de definição na redação originária do que se entende por ato improbidade administrativa, conceito jurídico indeterminado a depender de uma valoração por parte do intérprete, servindo-se do princípio da moralidade administrativa.

A tênue linha de separação entre irregularidade administrativa e improbidade, entre improbidade material e formal, bem como a difícil tarefa de compreensão e de aquilatação da culpa, trouxeram um conjunto de questionamentos aos tribunais, muitas vezes com decisões conflitantes, gerando ainda mais incertezas em sua aplicação.

A amplitude das regras inseridas no art. 11 da Lei de Improbidade, em sua redação originária, serviu de caminho aberto ao arbítrio. Não bastasse o *caput* já conter um conjunto de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, as duas regras que seguem o *caput*, os incisos I e II abriram espaço para que qualquer conduta, ativa ou omissiva, muitas vezes descuidada de qualquer agente público, pudesse ser enquadrada como ato de improbidade administrativa.

A doutrina há muito já sustentava a compreensão da lei de improbidade administrativa como norma de Direito Administrativo Sancionador, posição agora cancelada pela nova redação trazida pela Lei n.º 14.230/2021.

O que for vantajoso para o réu, no âmbito das garantias materiais e processuais do direito penal, deve ser aplicado ao processo de improbidade; o que não for vantajoso para o réu não deverá ser aplicado.

O Pacto de São José da Costa Rica, sempre a socorrer os cidadãos, estabelece alguns princípios basilares do direito penal, de pronto aplicáveis à LIA, a exemplo da retroatividade da lei mais benéfica.

Na Europa, um conjunto de normas estabelece a aplicação de princípios de Direito Penal aos processos para apuração de infrações administrativas, a exemplo do respeito à anterioridade, à tipicidade, à necessidade de previsão expressa de conduta dolosa ou culposa e à previsão em lei formal dos limites em penas administrativas.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos impõe a necessidade de se respeitar, na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, vetores axiológicos construídos historicamente para a proteção das garantias individuais.

O direito penal - e seu devido processo penal – são os espaços por excelência para o desenvolvimento das mais relevantes teorias de proteção do indivíduo. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli, em sua epistemologia garantista, busca afastar a aplicação autoritária do direito pelo Estado.

Ferrajoli defende a racionalização da aplicação das penas de modo que seja reduzida ao máximo a discricionariedade do Estado-Juiz, sendo necessário o controle dos espaços de incerteza.

O garantismo construído na defesa do indivíduo do arbítrio do Estado, no campo do direito penal, traz luz à atuação estatal em tema de direito administrativo sancionador, especialmente no âmbito da improbidade administrativa em razão da severidade das sanções previstas em lei.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) já vigorava há 25 (vinte e cinco) anos, e já se identificava a necessidade de um conjunto de atualizações. A reforma buscou interromper seu uso indevido para investigação de condutas que não se enquadram em hipóteses de violação do bem jurídico protegido pela lei.

A improbidade, doravante, estará restrita à violação da honestidade e não mais a todo e qualquer ato que possa eventualmente ensejar prejuízo ao erário.

Outro avanço trazido na reforma é a proposta de estrutura e liquidez da sentença que julgar ação de improbidade, com a disciplina detalhada na lei. Tal previsão ganha ainda mais relevo ao exigir que, na petição inicial se descreva claramente a conduta atribuída, seus autores, e o dolo específico de obter proveito indevido.

Com a nova redação, a improbidade necessariamente tem que estar relacionada ao fim de obter um proveito indevido em razão da conduta funcional. Quando a lei traz “o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”, o proveito ou benefício necessita ter valor econômico imediato, podendo a vantagem indevida ser não patrimonial, a exemplo da troca de favores ou de prestígio.

A nova redação traz a obrigação de que se detalhe na petição inicial do Ministério Público – ou colegitimados, na hipótese de manutenção da liminar nas ADIs n.º 7042 e n.º 7043 - o elemento subjetivo especial do tipo sob pena de rejeição da inicial.

A lei de improbidade administrativa, em sua redação original, estabelecia no art. 17 a legitimação disjuntiva concorrente para a propositura da ação. Em sua nova redação, a titularidade foi dada exclusivamente ao Ministério Público.

Nas ADIs n.º 7042 e n.º 7043, em ações propostas pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) com atuação da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE), tal alteração de titularidade foi suspensa liminarmente.

A restrição da titularidade na ação de improbidade, na nova redação da lei, é expressão da garantia do devido processo legal especificamente em razão da aproximação das garantias do direito penal, onde vigora a privatividade da ação penal pública.

A fixação de prazos para o exercício das pretensões em juízo, *in casu*, na persecução de ato de improbidade administrativa, garante a efetiva proteção do indivíduo em face ao exercício do arbítrio do Poder Público, impondo restrições ao Estado.

Com a edição da Lei n.º 14.230/2021, os prazos prescricionais previstos na Lei n.º 8.429/92 foram alterados e foi criada a modalidade de prescrição intercorrente.

A regra geral, trazida no *caput* do art. 23, é prejudicial ao investigado ao unificar e ampliar a prescrição que era de até de 5 (cinco) anos na redação original, para 8 (oito) anos na nova redação. De igual modo prejudica o investigado/réu ao estabelecer várias causas interruptivas antes não previstas. Tais prazos não devem retroagir.

Entretanto, inovou ao criar modalidade de prescrição, a prescrição intercorrente. Caso seja interrompida a prescrição, o prazo começa a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no *caput* do art. 23 – por 4 (quatro) anos. Tal disposição, por ser benéfica, deveria ser aplicada retroativamente. Tal dispositivo, entretanto, em razão do Tema n.º 1199, apenas se aplicará a prazos que corram após a vigência da nova lei.

A utilização massiva de medidas cautelares e de tutelas provisórias específicas não parecem trazer ganhos em termos de segurança do juízo, cautela do processo ou tutela do interesse público, mas trazem sérios riscos e danos aos cidadãos colhidos nestas situações.

A nova Lei de Improbidade Administrativa, reforçando a finalidade da indisponibilidade de bens, exige a necessidade de demonstração de o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, tratando-se, portanto, de tutela provisória de urgência.

Os requisitos legais para a concessão de indisponibilidade de bens podem ser assim sintetizados: (a) a demonstração de perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo; (b) o convencimento do juiz da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial; e, (c) a oitiva do réu em cinco dias.

A vedação às práticas consensuais descrita no § 1º do art. 17 da Lei n.º 8.429/92 foram amplamente discutidas quanto à sua validade legal frente ao sistema jurídico nacional, diante do compromisso constitucional de solução pacífica dos conflitos. Em algumas situações, apesar da restrição, acordos de leniência foram celebrados no âmbito das ações de improbidade administrativa por diversos ministérios públicos brasileiros.

Apenas em 2019, através da Lei n.º 13.964, foi instituída a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. A lacunosa redação do dispositivo, a desafiar os intérpretes e aplicadores do direito, necessitando tanto de normas subsidiárias do Conselho Nacional do Ministério Público quanto de normas de cada um dos ministérios públicos do Brasil, foi novamente reformulada.

A Lei de improbidade voltou aos seus eixos – o combate da desonestidade - com drástica redução do alcance da LIA em razão, especialmente, da nova redação do art. 11, que deixa de estabelecer-se como tipo aberto e passa a ter tipicidade fechada, semelhante à do direito penal.

Essa alteração, para o Estado de Direito, que se lastreia em igualdade de tratamento e previsibilidade das regras, é uma novidade legislativa que deve ser celebrada e acolhida.

O agente público – agente político ou servidor público, qualquer que seja sua categoria – ganha regras estáveis para poder officiar – princípio da confiança legítima – sabendo que ao não proceder a qualquer ato de desonestidade não terá contra si ajuizada ação de improbidade.

Não ocorreu uma legalização de condutas anteriormente vedadas, mas apenas a retirada de um conjunto de situações do âmbito de aplicabilidade da LIA.

A aplicação do acordo de não persecução cível nas ações de improbidade adequam-se aos movimentos mundiais de pacificação consensual dos litígios, além de resguardarem garantias como o contraditório e a ampla defesa, razoável duração do processo, igualdade relacional.

Não havendo limitação aos direitos do réu, vez que decorre de sua manifestação de vontade, as condições de admissibilidade do acordo dependerão da correção da negociação a ser estabelecida entre as partes.

A atuação dos órgãos de controle, dos colegitimados e do Poder Judiciário deve buscar resultados eficientes, e a prática em outras searas do Direito demonstra a efetividade que a atuação concertada e negociada tem alcançado, especialmente no retorno ao patrimônio público de valores desviados.

A grande dificuldade hermenêutica – princípios e conceitos jurídicos interpretados com auxílio de outros princípios - para separar o que era e o que não era improbidade foi facilitada com a nova redação dada ao conjunto da LIA. E neste sentido, os órgãos de controle – controladorias, tribunais de contas - o Ministério Público e o Poder Judiciário vão poder se ater, no âmbito de aplicação da LIA, ao que realmente importa combater: os atos de corrupção.

Na nova sistemática, mais garantidora, há a descrição específica de condutas violadoras dos princípios da Administração, mas em *numerus clausus*. A nova redação do artigo 11 delimita as condutas violadoras de princípios para fins de reconhecimento de improbidade administrativa.

A nova redação tende a impedir que os órgãos de controle, procuradorias e Ministério Público molestem servidores e demais agentes públicos por atos que não tenham gravidade e que possam ser punidos ou resolvidos através de outro tipo de sanção - por exemplo, uma sanção administrativa num procedimento disciplinar.

Em nome da segurança jurídica, as normas estão mais claras. A ação de improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório e destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal.

O art. 12 da lei de improbidade sofreu profunda reestruturação. Em seu *caput*, com aparente obviedade, impõe ao julgador a observância o dever de proporcionalidade entre o ato cometido e a sanção.

Estabeleceu, em sua nova redação, no caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos, que a sanção se limitará à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos.

A lei amplia consideravelmente a possibilidade de aplicação máxima da suspensão de direitos políticos. Não estabelece, entretanto, limites mínimos. A aplicação prática tornará claro se essa ausência será utilizada para conferir ao julgador maior poder de aplicação proporcional das sanções ou de instrumento à impunidade.

No campo das sanções por violação a princípios, retirou a possibilidade de imposição de perda dos direitos políticos. Tal normatização se coaduna com a posição do Supremo Tribunal Federal que, ainda na vigência da redação anterior, proferiu decisão judicial nesse sentido na ADI n.º 6.678.

A nova redação traz clareza ao estabelecer que a perda da função pública atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração. Tal dispositivo, entretanto, está com eficácia suspensa de forma liminar através da ADI n.º 7236.

A sistemática da redação original da lei de improbidade, com nítida inspiração no processo penal para apuração de crimes contra a administração pública praticados por “funcionários públicos”, estabelecia um procedimento de defesa prévia. Na redação atual toda essa sistemática deixou de existir, simplificando o procedimento e retirando um incidente que apenas trazia mais atrasos à efetivação da justiça.

A aplicação retroativa ou não das leis, a depender de seu conteúdo, pode configurar um desafio ao intérprete, e não se resolve em termos de tudo ou nada. Em razão da matéria trazida na lei – cível, administrativa e criminal – ela poderá retroagir em algumas situações e não retroagir em outras. Poderá, ainda, ter uma aplicação prospectiva, no âmbito processual, aplicando-se imediatamente no processamento de fatos passados.

De modo diverso ao defendido nessa dissertação, do teor da lei e do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, dentre tantas interpretações possíveis, o Supremo Tribunal

Federal optou por reconhecer no Recurso Extraordinário com Agravo do Paraná (ARE/PR) n.º 843.989, que Fixou Tese de Repercussão Geral para o Tema n.º 1199, que a norma mais benéfica – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – prevista pela Lei n.º 14.230/2021 não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Assim, as alterações na LINDB vieram para amenizar efeitos indesejados no âmbito do poder público trazendo como pilares da mudança a necessidade de fundamentação e a compreensão do que se convencionou denominar de “consequencialismo jurídico”.

Em termos claros: a nova redação da lei dispõe que nenhum servidor ou agente político, que não praticar ato de desonestidade responderá por improbidade administrativa. Apenas o ato doloso de desonestidade, com objetivo de obter uma vantagem indevida poderá ensejar a responsabilização.

Se esse ato não for praticado, nenhum servidor será injustamente processado por ato de improbidade administrativa, trazendo segurança jurídica nesse aspecto. Na sistemática anterior, nenhum agente público poderia ter essa tranquilidade.

Por tudo o que foi exposto, a nova redação da Lei de Improbidade, veiculada através da Lei n.º 14.230/2021, ainda que tenha tido sua eficácia reduzida por decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação à retroatividade de sua aplicação, inegavelmente, trouxe ganhos consideráveis em termos de segurança jurídica, sendo expressão da adoção de uma postura mais garantista na identificação, no processamento e no julgamento de atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. El concepto y validez del derecho. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. A garantia processual da publicidade. São Paulo: RT, 2011.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/> acesso em: 20-outubro-2021.

ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Revista Direito, Estado e Sociedade n.52 p. 204 a 240 jan/jun 2018.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. AMB. AMB mostra quem são os maiores litigantes do país. Disponível em: <http://jota.info/amb-mostra-quem-sao-os-maiores-litigantes-pais>, com acesso em 22/01/2023. Os bancos e demais instituições financeiras aparecem em segundo lugar na lista dos grandes litigantes.

AZEVEDO, André Gomma de. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org). Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A Colaboração Premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal epistêmica? In Colaboração Premiada. MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Fabrício Rocha. Curso de Processo Coletivo, 1a ed., São Paulo, 2018.

BASTOS, Fabrício Rocha. Curso de Processo Coletivo, 2ª ed., São Paulo: Foco, 2019.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O Comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo a razoável duração do processo. Dissertação de Mestrado apresentada a Universidade de São Paulo. 2010.

BEZERRA FILHO, Aluizio. Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado. Salvador: JusPodivm, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 3ª edição.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BOTTINO, Thiago. Cooperação premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 122, set-out 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR. Fixação de Tese de Repercussão Geral no Tema nº 1199. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Min. Alexandre de Moraes, 18/08/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 de set. de 2022.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.342/DF. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31/08/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>>. Acesso em 29 de set. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.043/DF. Requerente: Associação Nacional Dos Advogados Públicos Federais – ANAFE. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31/08/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>>. Acesso em 29 de set. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.236/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, tendo por objeto o art. 2º da Lei 14.230/2021. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27/12/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355453796&ext=.pdf>> Acesso em: 23 de jan. de 2023.

BRASIL. Portaria nº 1.117, de 7 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/Min_Div/MJ_1117_03.html>, com acesso em 22/01/2023.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm>. Acesso em 23 de junho de 2022.

Brasil. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm> . Acesso em 23 de junho de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 23/01/2023.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 23/01/2023.

BRASIL, Medida Provisória nº 703. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em 23/01/2023

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>, com acesso em 21/01/2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Programas de mediação e conciliação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao/historico-conciliacao>>, com acesso em 22/01/2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor. São Paulo: Saraiva: 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. Manual de Interpretação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

CABRAL, Antônio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro, Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "mediação sem mediador." Revista de Processo, vol. 259, 2016, set./2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. Revista eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 4, vol. VI, jun./dez 2010, pp.135-162.

CAPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant Acesso a Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Fabiano. O Princípio da eficiência no processo coletivo - Constituição, Microsistema do Processo Coletivo e Novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (coord.). Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v.8, coordenador geral: Fredie Didier Jr.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídica. In: GARCIA, Emerson (Coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CONJUR. Anuário da Justiça do Brasil. 2022. Disponível em: <<https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-conjur/editions/anuario-da-justica-brasil-2022>>, com acesso em 22/01/2023.

DAVID, René. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética: 2007.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11a ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. CABRAL, Antônio do Passo Cabral. (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1. Salvador: JusPodivm, 19a ed., 2017.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução: Marta Guastavino. 1. ed., 2. imp. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. Madri: Civitas, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. revista e atualizada. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares

e Luiz Flávio Gomes, 2006.

FERRARESI, Eurico. Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992 comentada. São Paulo: Método, 2011.

FERREIRA, Luiz Antônio. A garantia do juiz natural no estado democrático de direito: uma análise do cargo de juiz de direito substituto em segundo grau no poder judiciário do Estado do Paraná à luz da Constituição Federal de 1988 e da lei orgânica da magistratura (lei complementar nº 35/1979). ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 154-201, jan/jun. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FONSECA, Regina Lucia Teixeira Mendes. Dilemas da Decisão Judicial: As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Tese de Doutorado apresentada à UGF. Disponível em:
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp060431.pdf>. Acesso em 07.07.2022.

FREIRE, Ricardo Mauricio. Devido Processo Legal: uma visão pós-moderna. Salvador: JusPodium, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. In: <http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>, acesso em 19 de junho de 2022.

GARCIA, Emerson. A Lei de Improbidade e a Dosimetria de suas sanções. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 58, 2006.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUIMARAES, Rodrigo Regner Chemim. Atividade Probatória Complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro. Tese de Doutorado apresentada a UFPR. Disponível em
<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41025/R%20-%20T%20-%20RODRIGO%20REGNIER%20CHEMIM%20GUIMARAES.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

JORGE, Flávio Cheim. A tutela da probidade administrativa: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade administrativa? Revista de Processo, n. 131. São Paulo: RT, jan. 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 1995.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. Da prescrição e da decadência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEAL, Fernando. Consequencialismo. inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. In: Direito regulatório comportamental e consequencialismo: *nudges* em temas de direito. LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (Orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEONARDO, Cesar Augusto Luiz. Contraditório, Lealdade Processual e Dever de Cooperação intersubjetiva. Dissertação de Mestrado Orientador: Jose Lauria Cruz e Tucci. Faculdade de Direito da USP São Paulo. 2013

LOBO DA COSTA, Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador - *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), 2013.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. As três ações coletivas previstas na lei n 8.429/92: algumas breves anotações. In: MACEDO, Marcus Paulo Queiroz, MARTELETO FILHO, Wagner (orgs.). Temas avançados do Ministério Público. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. Boletim Científico, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso a Justiça. São Paulo: RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores. 14^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Augusto Carlos Cavalcante. O princípio da publicidade e a lei de acesso à informação na perspectiva do direito fundamental ao sigilo de dados pessoais. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Constituição e Processo. Aracaju: Evocati, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In Colaboração Premiada. MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT, 2017.

MENEZES, Carlos Alberto. O limite das exculpantes penais: a inexigibilidade de conduta diversa como topos e solução. 2008. 199 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008;

MESQUISTA, Marcelo Rocha. Inovação da tese defensiva na tréplica do procedimento do júri: contraditório versus plenitude de defesa. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Constituição e Processo. Aracaju: Evocati, 2014.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo I.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. Comentários à Lei de Ação Civil Pública. Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e Temas Atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa. São Paulo: Método, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Acordos em ações de improbidade. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 17 jun. 2022.

OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I. Almedina: Coimbra, 2007.

PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (Organizadora). Democratizando o acesso à Justiça/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira. Lei anticrime e acordo de não persecução cível - aspectos teóricos e práticos. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de Não Persecução Cível introduzido na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.1.], v. 18, n.1, p. 145-162, jul. 2020.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível <http://www.mpgp.mp.br/boletimdompgp/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em 18 junho 2022.

SANTOS, Anderson Clei. A lei 10792/2003: um caso de desvelar tardio da essência do conteúdo jurídico-constitucional do princípio do contraditório e da ampla defesa. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Constituição e Processo. Aracaju: Evocati, 2014.

SCHENK, Leonardo Faria. Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: Exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 1a ed., 2015.

SILVA SEGUNDO, Edval Borges da Conteúdo e Aplicabilidade do Princípio do Juiz Natural. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação da Universidade Federal da Bahia. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9293/1/Edval%20Borges%20da%20Silva%20Segundo.pdf>

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASauskas, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In *Colaboração Premiada*, Coord. Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: RT, 2017.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

**APÊNDICE A - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REPRESSIVO
CONCENTRADO E DIFUSO NA LEI Nº 8.429/92 APÓS AS ALTERAÇÕES
CONFERIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021**

1 ADIs N.º 7042 E 7042

As alterações realizadas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) em 25 de outubro de 2021, através da Lei n.º 14.230, vem sendo objeto de ações em que se discute a sua constitucionalidade, seja de forma concentrada, seja de forma difusa.

Em 06 de dezembro de 2021, às 17:53:54, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar n.º 7042 pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) requerendo:

102.1. A concessão da tutela de urgência de caráter liminar, ad referendum, a fim de suspender os efeitos do art. 2º - nos pontos em que altera/insere o art. 17, caput e § 14 e art. 17-B na Lei n. 8.429/92 - e do art. 3º e do art. 4º, inciso X, todos da Lei n. 14.230/21, fazendo retornar a norma autorizadora de os entes públicos para ajuizar ações de improbidade administrativa e para firmar acordos de não persecução cível, ante sua inconstitucionalidade material até o julgamento definitivo desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, com fundamento na alínea “p” do inciso I do art. 102 da CF/88, e do §3º do art. 10 da Lei nº 9.868/99;

102.2. A notificação do Exmo. Sr. Presidente da República para que prestem as devidas informações sobre os termos desta ação, observados os prazos legais;

102.3. A citação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União e a intimação do Exma. Sra. Procuradora-Geral da República para que apresentem manifestação, nos termos do art. 8º da Lei nº 37 9.868/99 e do §1º do art. 103 da CF/88;

102.4. No mérito, a procedência da presente ação, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 14.230/2021, objeto da presente ação, no que diz respeito às alterações/inserções promovidas no art. 17, caput e no art. 17-B da Lei n. 8.429/92, fazendo retornar a norma autorizadora de os entes públicos para ajuizar ações de improbidade

administrativa e para firmar acordos de não persecução cível, ante sua inconstitucionalidade material;

102.5. A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos arts. 3º e 4º, X, da Lei n. 14.230/21 e do § 14, do art. 17, da Lei n. 8.429/92 com a redação conferida pela Lei n. 14.230/21, por decorrerem diretamente da competência exclusiva do Ministério Público para propor ação de improbidade administrativa, conforme redação conferida ao caput do art. 17 da Lei n. 8.429/92 pelo art. 2º da Lei n. 14.230/21.

102.6. Ainda no mérito, que se declare a inconstitucionalidade formal do mesmo art. 2º da Lei Federal n. 14.230/2021, no que tange à inclusão do art. 17, §20, na Lei n. 8.429/20, por faltar à União competência para legislar sobre as competências dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. E, caso assim não entenda esta eg. Suprema Corte, requer-se, subsidiariamente, que seja realizada interpretação conforme à Constituição quanto ao artigo em comento, para restringir a sua aplicação somente ao âmbito da União⁵⁴.

No mesmo dia – 06 de dezembro de 2021 – às 19:30:03, foi proposta a ADI com pedido de medida cautelar n.º 7043 pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) requerendo:

6.1.1. A concessão da medida cautelar postulada para que sejam suspensos, liminarmente, até o julgamento final desta ADI, conforme asseguram a alínea "p" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal e o § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.686/1999, todos os efeitos dos artigos 17, caput e § 14, e 17-B, caput e §§ 5º e 7º, da Lei federal nº 8.429/1992, alterados e acrescentados pelo artigo 2º da Lei federal nº 14.230/2021, e dos artigos 3º, §§ 1º e 2º, e 4º, X, da mesma Lei federal nº 14.230/2021;

6.1.2. A notificação do Exmo. Sr. Presidente da República, para que preste informações sobre os termos desta ação, no prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.868/1999;

6.1.3. A citação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União e a intimação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, para se manifestarem, sucessivamente, no prazo de 3 (três) dias, caso Vossa Excelência julgue indispensável, com base no art. 10, § 1º, da Lei nº. 9.868/1999;

6.1.4. Em face da relevância da matéria e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, caso seja esse o entendimento de Vossa Excelência, a submissão ao rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, com a submissão do processo diretamente ao Plenário desse Excelso Pretório, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, depois de prestadas as informações, no prazo de dez dias, e colhidas as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias;

6.1.5. O julgamento de procedência da presente ação, para que seja declarada a inconstitucionalidade material dos artigos 17, caput e § 14, e 17-B, caput e §§ 5º e 7º, da Lei federal nº 8.429/1992, alterados e acrescentados pelo artigo

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal. ADI/7042, 1 (Petição Inicial), p. 36-37. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6315635>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

2º da Lei federal nº 14.230/2021, dos artigos 3º, §§ 1º e 2º, e 4º, X, da mesma Lei federal nº 14.230/2021 e, por arrastamento, de todos os dispositivos que esse Excelso Pretório entenda decorrerem da competência exclusiva do parquet para promover as ações de improbidade administrativa⁵⁵;

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 7042 e 7043 as Associações pleitearam a decretação da inconstitucionalidade dos artigos 17, caput e §§ 14 e 20, e 17-B, da Lei n.º 8.429/1992, alterados e incluídos pelo art. 2º da Lei n.º 14.230/2021, e dos artigos 3º e 4º, X, da Lei n.º 14.230/2021 sob o fundamento de que suprimem a prerrogativa dos entes públicos lesados, impedindo o exercício do poder-dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de zelar pela guarda da Constituição e das leis e de conservar o patrimônio público.

Em 17 de fevereiro de 2022 com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, o Relator Ministro Alexandre de Moraes, de forma monocrática, deferiu parcialmente a cautelar pleiteada nas ADIs n.º 7042⁵⁶ e 7043⁵⁷ para:

(A) CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao caput e §§ 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA;

(B) SUSPENDER OS EFEITOS do § 20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043);

(C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3º da Lei nº 14.230/2021.

Assim, liminarmente, foi declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17 e do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei n.º 8.429/92, na redação conferida pela Lei n.º 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal. ADI/7043, 1 (petição Inicial), p. 31-33. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6315955>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. ADI/7042, 27 (Decisão Monocrática), p. 13. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6315635>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. ADI/7043, 24 (Decisão Monocrática), p. 13. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6315955>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

Como consequência do restabelecimento da legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n.º 14.230/2021.

Por fim, foi declarada a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei n.º 8.429/92, com a redação conferida pela Lei n.º 14.230/2021, para dizer que não existe obrigatoriedade de defesa judicial pela assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, caso este venha responder ação por ato de improbidade.

Em 31 de agosto de 2022, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nas ADIs n.º 7042 e 7043, nos termos do voto reajustado do Ministro Relator Alexandre de Moraes, vencidos, parcialmente, os Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, para:

- (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil;
- (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nos termos autorizados por lei específica;
- (c) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 14.230/2021; e, em consequência, declarou a constitucionalidade: (a) do § 14 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021; e (b) do art. 4º, X, da Lei 14.230/2021.

Desse modo, o julgamento das ADIs n.º 7042 e 7043, proferido em 31 de agosto de 2022, ratificou integralmente os termos da Decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes em 17 de fevereiro de 2022.

2 ARE Nº 843989 e TEMA Nº 1199

O Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n.º 843.989, distribuído em 16 de dezembro de 2014, discutia, à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, a prescritibilidade dos atos de improbidade administrativa imputados à recorrente, por alegada conduta negligente

na condução dos processos judiciais em que atuava como representante contratada do INSS, sem a demonstração do elemento subjetivo dolo (Temas n.º 666, 897 e 899 do STF).

Durante o trâmite processual do ARE n.º 843.989, a Lei n.º 14.230/2021 foi publicada trazendo alterações e inovações para a Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), dentre as quais estão, justamente, a exclusão da modalidade culposa do art. 10, a unificação do prazo prescricional do art. 23 e a criação da prescrição intercorrente, estabelecida no art. 23, § 5º.

O ARE n.º 843.989 foi selecionado como representativo da controvérsia, servindo de *Leading Case* para que se definisse a retroatividade ou não das disposições da Lei n.º 14.230/2021, em especial, em relação: a) à necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e, b) à aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

No controle de constitucionalidade repressivo difuso realizado no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843.989, os Ministros do Supremo Tribunal Federal acordaram, por maioria, em acompanhar os fundamentos do voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, vencidos, parcialmente, os Ministros André Mendonça, Nunes Marques e Dias Toffoli (quanto à aplicação retroativa da Lei n.º 14.230/2021, sustentando a possibilidade), Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Cármen Lúcia (quanto à aplicação retroativa da Lei n.º 14.230/2021, sustentando a impossibilidade), Ricardo Lewandowski (quanto à possibilidade de retroatividade da Lei n.º 14.230/2021 para ações em curso e de anulação das condenações transitadas em julgado) e Gilmar Mendes (quanto à possibilidade de retroatividade da Lei n.º 14.230/2021 para ações em curso e à entrada em vigor dos prazos da Lei n.º 14.230/2021, relativamente à prescrição intercorrente). Na conclusão, por unanimidade, acordaram em dar provimento ao Recurso Extraordinário fixando a tese de repercussão geral para o Tema n.º 1199 nos seguintes termos:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto

anterior, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Desse modo, a fixação de tese de repercussão geral para o Tema n.º 1199 no ARE n.º 843.989 definiu que: a) para a tipificação dos atos de improbidade administrativa dos artigos 9º, 10 e 11, necessário se faz a presença do elemento subjetivo específico – dolo -; b) a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 é irretroativa, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; c) as alterações conferidas pela Lei n.º 14.230/2021 aplicam-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; e, d) o novo e unificado regime prescricional conferido pelo art. 23, da Lei n.º 14.230/2021, bem ainda, a criação da prescrição intercorrente, prevista no art. 23, § 5º são irretroativos, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

3 ADIs 7236 E 7237

Em 05 de setembro de 2022, às 15:49:47, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar n.º 7236 pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) requerendo:

Na esteira das razões fáticas e jurídicas apresentadas, com esteio no Art. 102, I, p, da Constituição da República, c/c o Art. 10, § 3º da Lei 9.868/1999, estando presentes os requisitos para a concessão da medida liminar, requer-se a suspensão imediata da eficácia do art. 1º, §§1º, 2º e 3º e art.10; art.1º, §8º; art.12, §1º; art.12, §10; art.17-B, §3º; art.21, §4º; art.23, caput e §4º, incisos II a V e §5º; art.23-C, caput; art.11, caput, incisos I e II; art.12, incisos I, II e III, e §§4º, 9º e 10, e parágrafo único do art.18-A; art.17, §§10-C, 10-D e inciso I do §10-F, da Lei federal no 8.429/1992, alterados e acrescentados pelo artigo 2º da Lei federal nº 14.230/2021, e dos artigos 3º, §§ 1º e 2º, e 4º, X, da mesma Lei federal no 14.230/2021, até a apreciação definitiva do mérito desta ADI, na forma do artigo 10, § 3o, da Lei no 9.868/1999.

(...)

Por todo o exposto, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP requer, após a concessão do pedido liminar, sejam colhidas as informações do Presidente da República e as manifestações do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União e do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República. Após, seja julgada procedente a ação,

para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados (art. 1º, §§1º, 2º e 3º e art.10; art.1º, §8º; art.12, §1º; art.12, §10; art.17-B, §3º; art.21, §4º; art.23, caput e §4º, incisos II a V e §5º; art.23-C, caput; art.11, caput, incisos I e II; art.12, incisos I, II e III, e §§4º, 9º e 10, e parágrafo único do art.18-A; art.17, §§10-C, 10-D e inciso I do §10-F, da Lei federal no 8.429/1992) por estarem em desacordo com o ordenamento constitucional vigente⁵⁸.

No mesmo dia – 05 de setembro de 2022 – às 19:30:03, foi proposta a ADI com pedido de medida cautelar n.º 7237 pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) requerendo:

- 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 2 o , 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 art. 23, parágrafos 2o , 3o , 4o , incisos II, III, IV, V, parágrafos 5o e 8o – todos da Lei n. 8.429/92⁵⁹.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 7236 e 7237 as Associações pleitearam a decretação da inconstitucionalidade do art. 1º, §§1º, 2º e 3º e art. 10, do art.1º, §8º, do art.12, §1º, do art.12, §10, do art.17-B, §3º, do art. 21, §4º, do art. 23, *caput* e §4º, incisos II a V e §5º, do art.23-C, *caput*, do art.11, *caput*, incisos I e II, do art. 12, incisos I, II e III, e §§4º, 9º e 10, e parágrafo único do art. 18-A, do art. 17, §§10-C, 10-D e inciso I do §10-F, da Lei n.º 8.429/1992 com a redação conferida pela Lei n.º 14.230/2021 sob o fundamento de que as

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. ADI/7236, 1 (petição Inicial), p. 61-62. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6475588>. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. ADI/7237, 1 (petição Inicial), p. 150-151. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6476950>. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

referidas normas alteram de forma substancial o sistema de responsabilidade jurídica de agentes públicos por atos de improbidade, deixando de tipificar e sancionar condutas lesivas aos princípios da administração pública e diminui o alcance dos instrumentos legais voltados a essa proteção.

Em 27 de dezembro de 2022 o Relator Ministro Alexandre de Moraes, de forma monocrática, deferiu parcialmente a cautelar pleiteada na ADI n.º 7236⁶⁰ para:

(I) DECLARAR PREJUDICADOS os pedidos referentes ao art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e 10 da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021; (II) INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR em relação aos artigos 11, caput e incisos I e II; 12, I, II e III, §§ 4º e 9º, e art. 18-A, parágrafo único; 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F, I; 23, caput, § 4º, II, III, IV e V, e § 5º da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021; (III) DEFERIR PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, para SUSPENDER A EFICÁCIA dos artigos, todos da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021: (a) 1º, § 8º; (b) 12, § 1º; (c) 12, § 10; (d) 17-B, § 3º; (e) 21, § 4º. (IV) DEFERIR PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, para CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME ao artigo 23-C, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que os atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, poderão ser responsabilizados nos termos da Lei 9.096/1995, mas sem prejuízo da incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

Na ADI n.º 7237⁶¹ foi determinada a tramitação em conjunto à ADI n.º 7236, diante da relevância da matéria constitucional suscitada e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Desse modo, de forma liminar a ADI n.º 7036 suspendeu os seguintes dispositivos da Lei n.º 8.429/92 com redação conferida pela Lei n.º 14.230/2021: a) art. 1º, § 8º, que excluía o ato de improbidade administrativa praticado em decorrência de divergência interpretativa da lei baseada em jurisprudência não pacificada; b) art. 12, § 1º, que restringia a aplicação da sanção de perda da função pública ao cargo ocupado pelo agente público no momento da prática do ato de improbidade administrativa; c) art. 12, § 10, que contabilizava o prazo de inelegibilidade da Lei Complementar Federal nº 135/2010 no tempo da pena de suspensão dos direitos políticos; d) art. 17-B, § 3º, que criava nova condição de procedibilidade ao Ministério

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal. ADI/7236, 47 (decisão monocrática), p. 28-29. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6475588>. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

⁶¹ Supremo Tribunal Federal. ADI/7237. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6476950>. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

Público - oitiva prévia do tribunal de contas para quantificação de dano – com fundamento na quebra da autonomia do Ministério Público e da independência funcional de seus membros, bem ainda pela impossibilidade de alteração por lei ordinária do modelo constitucional de atuação dos tribunais de contas; e) art. 21, § 4º, que ampliava os efeitos das decisões exaradas na justiça criminal ao âmbito da improbidade administrativa – violação ao princípio da independência das instâncias; e, f)) art. 23-C, que criava imunidade aos partidos políticos e a seus dirigentes - não incidência das disposições da lei de improbidade administrativa.