

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES E FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DAS FUNDAÇÕES, AUTARQUIAS E PREFEITURAS MUNICIPAIS, entidade de representação de classe de âmbito nacional, constituindo pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 18.708.588/0001-06, sediada na SGAS 610, Módulo C, Lote 70, Asa Sul, Brasília-DF, CEP 70.200-700, por seus advogados abaixo firmados, vem, respeitosamente, com fundamento nos artigos 102, inciso I, alíneas a e p, 103, inciso IX, ambos da CF/88 e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propor a presente

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

com pedido de medida cautelar, contra o artigo 2º da Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, nos pontos em que altera ou insere disposições na Lei 8.429/92 - em especial os artigos 1º, § 8º, artigo 3º, § 1º, artigo 8º, artigo 11, caput e sua combinação com os §§ 3º e 4º, artigo 12, inciso III, e seus §§ 1º, 4º 9º E 10, artigo 16, §§3, 4º e 10, artigo 17, § 10-F, inciso I, artigo 17, § 19, inciso II, artigo 17-B, § 3º, artigo 17-C, § 2º, artigo 17-D, artigo 21, §§ 4º e 5º, artigo 23, caput e seus §§4º e 5º e 23-C - Lei de Improbidade Administrativa.

Esta petição se faz acompanhar de cópia do ato impugnado, na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999.

### **I. DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 103, o rol de legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade. O seu inciso IX aduz:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que a legitimidade para o ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade por parte de confederações sindicais e entidades de classe pressupõe: (a) a caracterização como entidade de classe ou sindical, decorrente da representação de categoria empresarial ou profissional; (b) a abrangência ampla desse vínculo de representação, exigindo-se que a entidade represente toda a respectiva categoria, e não apenas fração dela; (c) o caráter nacional da representatividade, aferida pela demonstração da presença da entidade em pelo menos 9 (nove) estados brasileiros; e (d) a pertinência temática entre as finalidades institucionais da entidade e o objeto da impugnação .

Quanto ao primeiro ponto, assevera-se que a Confederação Nacional dos Servidores e Funcionários Público das Fundações, Autarquias e Prefeituras Municipais possui natureza jurídica de entidade sindical que representa os servidores e funcionários públicos das fundações, autarquias e prefeituras municipais, conforme consta em seu Estatuto Social .

O segundo requisito diz respeito à abrangência do vínculo, cuja representação deve englobar toda a categoria.

Sem sombra de dúvidas, a Confederação Nacional dos Servidores e Funcionários Público das Fundações, Autarquias e Prefeituras Municipais também cumpre o requisito de representação, eis que inclui todos os servidores e funcionários públicos das fundações, autarquias e prefeituras municipais.

Em analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos , esta Suprema Corte também entende que o caráter nacional da representatividade

é aferido pela demonstração da presença da entidade em, no mínimo, nove estados brasileiros.

No caso presente, a Confederação Nacional dos Servidores e Funcionários Público das Fundações, Autarquias e Prefeituras Municipais possui filiados em XXX estados, como se comprova por XXXX.

Por fim, a pertinência temática refere-se a uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente .

O objetivo precípua da Confederação requerente - segundo o art. 4º do seu estatuto - é justamente a coordenação do somatório das entidades a ela filiadas para a defesa dos interesses da categoria profissional dos servidores e funcionários públicos das fundações, autarquias e prefeituras municipais.

A norma contestada, isto é, o artigo 2º da Lei 14.230/21, repercute diretamente sobre a atividade profissional da classe envolvida, eis que referido dispositivo dispõe que o agente público ocupará a poderá figurar no polo passivo do processo que tenha por objeto sancionar os atos de improbidade que lhe sejam imputados.

Não há dúvida de que o tratamento legislativo que receba o tema da improbidade administrativa imediatamente diz respeito aos interesses imediatos dos servidores públicos municipais, cuja representação classista nacional é promovida pela autora da presente ação constitucional. Esses interesses se confundem com os da própria cidadania brasileira, a que interessa um governo transparente e proba.

Verifica-se, portanto, que a Confederação Nacional dos Servidores e Funcionários Públicos das Fundações, Autarquias e Prefeituras Municipais logrou êxito em comprovar sua natureza jurídica de confederação sindical, assim como os demais requisitos para a propositura de processos objetivos de controle de constitucionalidade.

## **1. OBJETO DA AÇÃO**

É o seguinte o teor das normas impugnadas nesta ação:

LEI 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021

Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

Art. 2º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º . [...].

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

Art. 3º [...]

§ 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação.

“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:

[...].

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.

§ 4º. Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

Art. 12. [...]

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;

§ 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.

[...]

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

[...]

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

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

Art. 16. [...]

§ 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o **caput** deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se

convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

§ 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.

[...]

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

“Art. 17. [...]

§ 10-F. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

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

[...]

§ 19. Não se aplicam na ação de improbidade administrativa:

[...];

II - a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

“Art. 17-B. [...]

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

“Art. 17-C. [...]

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

“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.

Art. 21. [...]

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

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

[...].

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

I - 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.

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

## 1.2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A decisão do constituinte originário por um Estado Democrático de Direito que tem por fundamento a dignidade humana (artigo 1º e artigo 3º, inciso III, da CF/88) impõe reconhecer, em consonância com o disposto no artigo 37 da CF/88 e no artigo 5º, § 2º, da CF/88, mais que um dever de boa administração, imposto a todos os agentes públicos, mas um verdadeiro direito fundamental à boa administração.

Nesse sentido, observa Prado<sup>1</sup>:

[...]

A atividade administrativa, em um Estado que tem como fundamento e fim a dignidade do homem, somente se justifica como instrumento para a realização dessa dignidade, o que se concretiza por meio da efetivação dos direitos fundamentais do

---

<sup>1</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei 8.429/92 após as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 9-21, jan.jun.2021.



homem, num âmbito de liberdade e desenvolvimento solidários.

Se é o homem o destinatário da atividade administrativa que tem como fundamento e fim a sua realização como ser dotado de dignidade, há que extrair da disciplina contida nessas disposições constitucionais, para além de um dever de probidade, imposto aos agentes públicos, um correlato direito fundamental à probidade na Administração, titularizado por todos os cidadãos, o que é explicitamente autorizado pelo disposto no artigo 5º, § 2º, da CF/88.

[...].

O que objetivou, portanto, o Constituinte, ao estabelecer, no artigo 37, § 4º, da CF/88, uma rígida disciplina para a improbidade administrativa, inclusive com a determinação de imposição de sanções civis ao agente público violador do dever de probidade, foi garantir uma proteção constitucional ao direito fundamental à probidade na Administração.

A Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/92 - surge, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro como concretização do direito fundamental à boa administração, a partir do mandado contido no artigo 37, § 4º, da CF/88. A decisão constituinte de sancionar, de forma rígida, a improbidade administrativa, inclusive por meio da restrição ao exercício de direitos políticos, põe em evidência a fundamentalidade do direito à boa administração.

E é a partir dessa premissa que devem ser analisadas as disposições da Lei 14.230/2021, ora impugnadas, que alteraram a Lei de Improbidade Administrativa.

No momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental à boa administração, concretizado por meio da Lei 8.429/92, é possível vislumbrar a inconstitucionalidade das disposições ora impugnadas ou a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição, a partir do princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção insuficiente, e do princípio da vedação de retrocesso.

Ao lado da proibição de excesso, já se fala de uma faceta outra do princípio da proporcionalidade, a vedação da proteção insuficiente, que impõe ao legislador uma atuação adequada e necessária aos fins visados, à efetividade do direito fundamental garantido. Dessa forma, a atividade legislativa ferirá o princípio da proporcionalidade se, além de excessiva, for insuficiente, seja por esvaziar os comandos constitucionais asseguradores do direito ou por protegê-lo de modo insuficiente.

Conforme observa Silva<sup>2</sup>,

[...] Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência.

[...].

---

<sup>2</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. [O proporcional e o razoável](#). *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 23-50.

Como bem observado pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, Relator para o Acórdão no HC 102087, os direitos fundamentais não podem ser compreendidos apenas como proibição de intervenção, mas como mandado de proteção, que se faz, inclusive, por meio dos mandados constitucionais de criminalização e de sancionamento:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIIS. MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIIS. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou

graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição - o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

**2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um

direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. **LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA.** Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. **ORDEM DENEGADA.**

(HC 102087, Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENT VOL-02699-01 PP-00001)

Ademais, uma vez que os direitos fundamentais alcancem certo grau de concretização, é vedado ao legislador reduzir-lhes a proteção, sob pena de violação à vedação de retrocesso.

Sobre o tema ensina Barcellos<sup>3</sup>:

[...] a vedação de retrocesso, por sua vez, desenvolveu-se especialmente tendo em conta os princípios constitucionais e, em particular, aqueles que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais, para cuja consecução é necessária a edição de normas infraconstitucionais. Consciente de que estas normas infraconstitucionais é que formarão o caminho capaz de levar ao fim pretendido, o propósito da vedação é evitar que o legislador vá atirando as

---

<sup>3</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Renovar, p. 80.

tábuas e destrua o caminho porventura já existente, sem criar qualquer alternativa que conduza ao objetivo em questão.

Do mesmo modo destaca Barroso<sup>4</sup>:

[...] a vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.

O Ministro Alexandre de Moraes, ao analisar requerimento de medida cautelar na ADI 7042, ressaltou a importância do combate à improbidade administrativa dado no âmbito da Constituição da República:

---

<sup>4</sup> O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 59).

A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava PLATÃO, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem “induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado”.

A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa, pois, com afirmado por MARCO TÚLIO CÍCERO: fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime (As leis, III, XIV, 32). STF - ADI 7042 - Decisão Monocrática - Ministro Alexandre de Moraes - Publicado em 21/02/2022

Grande parte das disposições questionadas, além de violar os contornos da proteção constitucional dada ao direito fundamental à boa administração, contida no artigo 37 da CF/88, constituem flagrante redução da proteção já alcançada, pela disciplina contida na Lei 8.429/92, em sua redação original, e mais, verdadeiro empeco a essa proteção, o que constitui grave violação à vedação de retrocesso, além da violação à vedação de proteção insuficiente, especialmente diante de um quadro de corrupção endêmica e de histórica má-gestão, a comprometer profundamente a eficácia dos direitos fundamentais assegurados na CF/88.

## **2.2. DA EXCLUSÃO DA TIPICIDADE DA CONDOTA EM RAZÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - ARTIGO 1º, § 8º, DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, CAPUT E § 4º E ARTIGO 5º, CAPUT, DA CF/88, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO**

Dispõe o artigo 1º, § 8º, da Lei 8.429/92, com a redação dada pela Lei 14.230/2021:

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.

[...]

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

O § 8º do art. 1º exclui a tipicidade da conduta quando decorrer de “divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário”.



Esse dispositivo afronta o disposto no artigo 37, § 4º, da CF/88, porquanto exclui dos contornos constitucionais da improbidade administrativa condutas violadoras do direito fundamental à boa administração e do correlato dever de probidade, sem autorização constitucional, a partir de critérios desproporcionais, porquanto violadores do dever de proteção suficiente, decorrente do princípio da proporcionalidade.

Afastar a tipicidade da conduta lesiva, em razão da existência de decisões judiciais não pacificadas, revela-se absolutamente desproporcional, especialmente diante da multiplicidade de instâncias judiciais existentes em nosso país. Uma interpretação constitucionalmente adequada do sistema de precedentes vinculantes, instituídos a partir da EC 45/2004, somente justifica afastar a tipicidade *a priori* da conduta exclusivamente naqueles casos em que a questão for objeto de decisões vinculantes, na forma disciplinada na CF/88.

Fora essa hipótese, é absolutamente desproporcional a exclusão apriorística da tipicidade da conduta lesiva ao direito fundamental à boa administração, quando baseada em decisão judicial não vinculante, diante do dever de observância da CF/88 imposto a todos os agentes públicos, os quais não podem dele se eximir ao argumento de que atuaram orientados por decisão de outra instância que não lhe é vinculante.

Por fim, a exclusão desproporcional e arbitrária de condutas que se amoldam aos contornos constitucionais da improbidade administrativa viola o disposto no artigo 5º, caput, da CF/88.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 1º, § 8º, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, por violação ao disposto no artigo 37, *caput* e sua combinação com o § 4º, artigo 5º, caput, ambos da CF/88, à vedação de

retrocesso, bem como por violação ao princípio da proporcionalidade, em sua faceta de vedação de proteção insuficiente.

### **2.3. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE BENEFÍCIO DIRETO PARA RESPONSABILIZAÇÃO DE SÓCIOS, COTISTAS, DIRETORES E COLABORADORES DE PESSOAS JURÍDICAS EFETIVAMENTE ATUANTES NA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ARTIGO 3º, § 1º, da LEI 8.429/1992 - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, CAPUT E § 4º ARTIGO 5º, CAPUT, AMBOS DA CF/88, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO**

Estabelece o artigo 3º, § 1º, da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

§ 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação.

[...].

A alteração promovida, especialmente a inclusão do §1º ao citado artigo 3º, ao criar sérias e injustificadas limitações à possibilidade de

responsabilização de pessoas físicas específicas - sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoas jurídicas -, afronta o artigo 37, § 4º, da CR/88, restringindo-lhe, desproporcionalmente, o âmbito de incidência.

Não se mostra razoável e proporcional excluir do âmbito de incidência da improbidade administrativa aqueles que, embora agindo dolosamente, não auferiram benefício direto pela prática do ato de improbidade administrativa. A restrição imposta, além de afrontar o disposto no artigo 37, caput, e sua combinação com o § 4º, da CF/88, estimula práticas ilícitas de dissimulação dos benefícios obtidos, inclusive por meio de pessoas jurídicas, com aptidão para esvaziar o comando sancionatório do artigo 37, § 4º, da CF/88, razão por que a disposição padece de vício de inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição à proteção insuficiente e ao princípio da vedação de retrocesso.

Vale ressaltar que o objeto de proteção da norma contida no artigo 37, § 4º, da CF/88 é o direito fundamental à boa administração que resulta igualmente vilipendiado, seja o benefício auferido pelo particular que dolosamente atua direto ou indireto.

Por outro lado, a distinção afronta o disposto no artigo 5º, caput, da CF/88, ao conferir tratamento diferenciado a condutas igualmente lesivas ao direito fundamental à boa administração.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, da expressão “diretos” contida no artigo 3º, § 1º, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, por violação ao disposto no artigo 37, *caput* e sua combinação com o § 4º, artigo 5º, caput, ambos da CF/88, à vedação de retrocesso, bem como por violação ao princípio da proporcionalidade, em sua faceta de vedação de proteção insuficiente.

**2.4. DA TIPICIDADE FECHADA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE VIOLAM PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 11, CAPUT, §§ 3º, DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, CAPUT E § 4º E Artigo 5º, caput, ARTIGO 1º, INCISO III E ARTIGO 3º, TODOS DA CF/88, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO. INTERPRETAÇÃO CONFORME**

Dispõe o artigo 11, *caput*, e seu § 3º, da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

[...]

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.

Conforme se extrai do dispositivo acima transcrito, apartando-se da técnica legislativa utilizada para a definição, em *numerus apertus*, dos atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito e dano ao erário (artigo 9º e 10, Lei 8.429/92), estabelece que os atos de improbidade administrativa que violam princípios administrativos caracterizam-se por uma das condutas descritas nos diversos incisos do artigo.

Essa técnica legislativa pode conduzir a uma interpretação no sentido de que o rol de condutas descritas no artigo 11 é taxativo. Entretanto, essa interpretação viola o disposto no artigo 37, *caput*, e § 4º, artigo 1º, inciso III e artigo 3º, todos da CF/88.

Como se vê do artigo 1º, inciso III e artigo 3º da CF/88, o Estado Democrático de Direito instituído pelo constituinte de 1988 tem como fundamento e fim a dignidade humana.

Como observa Prado<sup>5</sup>,

[...] Isso significa dizer que o ser humano, como ser dotado de dignidade, é o centro de justificação do Estado e de toda a sua atividade, inclusive a administrativa.

E é nesse contexto, desse Estado Democrático de Direito que tem a dignidade humana como seu fundamento e seu fim, que deve ser interpretado o artigo 37 da CF/88 que, ao disciplinar a Administração Pública, estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...].

---

<sup>5</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei 8.429/92 após as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 9-21, jan.jun.2021.

§ 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.

A atividade administrativa, em um Estado que tem como fundamento e fim a dignidade do homem, somente se justifica como instrumento para a realização dessa dignidade, o que se concretiza por meio da efetivação dos direitos fundamentais do homem, num âmbito de liberdade e desenvolvimento solidários.

Se é o homem o destinatário da atividade administrativa que tem como fundamento e fim a sua realização como ser dotado de dignidade, há que extrair da disciplina contida nessas disposições constitucionais, para além de um dever de probidade, imposto aos agentes públicos, um correlato direito fundamental à probidade na Administração, titularizado por todos os cidadãos, o que é explicitamente autorizado pelo disposto no artigo 5º, § 2º, da CF/88.

O que objetivou, portanto, o Constituinte, ao estabelecer uma rígida disciplina para a improbidade administrativa, inclusive com a imposição de sanções civis ao agente público violador do dever de probidade, foi garantir uma proteção constitucional ao direito fundamental à probidade na Administração.

Essa proteção se deu por meio de um mandado de proteção sancionatório de condutas configuradoras da improbidade administrativa. Embora não tenha o constituinte definido a improbidade administrativa, não conferiu ao legislador ampla liberdade para fazê-lo, uma vez que estabeleceu,

no artigo 37, no artigo 1º e no artigo 3º, especialmente, os contornos da improbidade administrativa, os quais devem ser observados pelo legislador na concretização determinada pelo constituinte.

Ainda citando Prado<sup>6</sup>,

[... há uma delimitação constitucional para a definição, pelo legislador ordinário, da improbidade administrativa, o que impede a restrição ou a extensão arbitrária de seu conteúdo. Isso significa dizer que não pode o legislador, de modo arbitrário, afastar da definição da improbidade administrativa condutas que estejam contidas no delineamento feito pelo constituinte e que tenham o mesmo potencial de violação ao direito fundamental à probidade na Administração, que outras condutas incluídas, por lei, na definição da improbidade.

As inúmeras formas de vulneração do direito fundamental à boa administração caracterizadoras da improbidade administrativa, conforme delineada no artigo 37, caput e sua combinação com o § 4º, da CF/88, não se coaduna com o estabelecimento de um rol taxativo de condutas violadoras dos princípios da Administração Pública.

A seletividade de condutas violadoras dos princípios da Administração pública, por meio do estabelecimento de um rol taxativo, viola flagrantemente o princípio da proporcionalidade, na dimensão de vedação de proteção insuficiente, porquanto deixam impunes um sem número de condutas gravemente violadoras do dever de probidade e de preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>6</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei 8.429/92 após as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 9-21, jan.jun.2021.

Apenas para exemplificar, a se admitir a existência de um rol taxativo de condutas violadoras de princípios da Administração Pública, resultariam impunes várias condutas criminalizadas, como a concussão, a prevaricação, algumas modalidades de corrupção passiva, assim como todas as formas tentadas de enriquecimento ilícito, além de graves violações a direitos humanos perpetrados no exercício de função pública, como a tortura, o racismo, o assédio moral e sexual, dentre outras.

Indiscutivelmente, essas condutas enquadram-se nos contornos constitucionais da improbidade administrativa e sua exclusão do artigo 11 viola o disposto no artigo 37, § 4º, artigo 1º, inciso III e artigo 3º, todos da CF/88, além de violar o princípio da igualdade, inscrito no artigo 5º, caput, da CF/88, o princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação à proteção insuficiente e o princípio da vedação de retrocesso.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, para o fim de excluir qualquer interpretação no sentido de que o artigo 11 da Lei 8.429/92 estabeleceu um rol taxativo de condutas violadoras dos princípios da Administração Pública.

Alternativamente, necessária seja dada uma interpretação ao artigo 11, *caput*, a partir de sua combinação com os §§ 3º e 4º, da Lei 8.429/92 conforme à CF/88, para o fim de estabelecer que tais dispositivos estabelecem uma tipicidade aberta dos atos de improbidade administrativa que violam princípios da Administração Pública.



Ao estabelecer o § 3º do artigo 11 da Lei 8.429/92, com as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021, de modo generalizante, que “o enquadramento de condutas funcionais na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas”, o citado dispositivo promoveu uma abertura da tipicidade prevista no *caput* do referido artigo.

De fato, nenhum sentido tem essa disposição num sistema fechado de tipos de improbidade administrativa. Isso porque num sistema fechado, o enquadramento da conduta funcional como improbidade administrativa decorre de sua adequação à descrição típica contida no dispositivo e independe da indicação de normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. Ademais, o uso da expressão “de condutas funcionais” amplia o espectro de condutas, em razão do sentido generalizante que confere ao texto.

Conforme anota Prado<sup>7</sup>,

[...] Nota-se que o referido dispositivo não diz que o enquadramento das condutas funcionais descritas **no caput do artigo 11** exige a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício de função pública, mas que o enquadramento “de” conduta funcional, na “categoria” de que trata o referido artigo, pressupõe a referida demonstração. A categoria a que se refere o artigo são os atos de improbidade que violam princípios da Administração Pública, os quais, por determinação da própria lei, não se exaurem na descrição taxativa do *caput* do artigo 11.

---

<sup>7</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei 8.429/92 após as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 9-21, jan.jun.2021.

Valendo da interpretação gramatical, pode-se extrair da disposição que a utilização da preposição “de”, sem a determinação decorrente de sua contração com o artigo “a” ou “as”, atribui uma indeterminação às condutas ali referenciadas, a qual, em conjunto com a menção, também ampla e genérica, à “categoria” dos atos de improbidade que violam princípios da Administração Pública, permite a conclusão de que a disposição amplia a tipicidade contida no artigo 11, *caput*, da Lei 8.429/92. Essa interpretação compatibiliza-se com a estrutura típico-normativa aberta, estatuída no artigo 9º e no artigo 10, da Lei 8.429/92, como corolário do sistema instituído pelo artigo 37 da CF/88, aos quais o disposto no artigo 11 adere, para a autointegração do sistema de responsabilização previsto no artigo 1º, *caput*, da Lei 8.429/92.

Observa-se, ainda, que a disposição exige, para o “enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo”, “a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas”.

Essa estrutura normativa somente tem sentido diante de uma estrutura típica aberta, em que a tipicidade é complementada por normas outras constitucionais, legais ou infralegais. Numa estrutura típica fechada a ilegalidade é ínsita à própria descrição típica e dela decorre, não havendo que falar em indicação de normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.

Partindo do pressuposto de que na lei não existem palavras inúteis, a única interpretação que compatibiliza essa disposição com o sistema é a de que, em conjunto com o *caput* do artigo 11, o § 3º estabelece uma tipicidade aberta residual para os atos de improbidade que violam princípios da Administração Pública.

Corroboram essa interpretação o disposto no § 4º do artigo 11 da Lei 8.429/92, ao estabelecer:

Art. 11. [...].

[...]

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

A existência de uma disposição que propugna, para a caracterização da improbidade, a “lesividade relevante”, somente tem sentido diante de uma tipicidade aberta de violação de princípios, como forma de delimitar o injusto da improbidade por violação de princípios. Nenhum sentido faz essa disposição para uma (e única) categoria de tipos de improbidade, descritos taxativamente.

Essa é a única interpretação que confere significado ao disposto nos §§ 3º e 4º do artigo 11 (vale lembrar que na lei não existem palavras inúteis), porquanto o enquadramento de conduta funcional em tipo fechado de improbidade administrativa não depende da demonstração da ilegalidade da conduta e, tampouco depende da indicação de qualquer dispositivo constitucional, legal ou infralegal violado, já que é a própria descrição típica contida nos incisos do artigo 11, *caput*, que torna a conduta ilegal e ímproba.

Ademais, a descrição típica do *caput* do artigo 11 não afasta a existência de outros tipos de improbidade, inclusive tipos abertos de improbidade, fartamente existentes na legislação brasileira, uma vez que o artigo 1º, § 2º, da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021, ressalvou expressamente os tipos de improbidade administrativa previstos em leis especiais, incorporando ao sistema de responsabilização contido na Lei 8.429/92, os tipos abertos de improbidade existentes em leis especiais.

Existem no ordenamento jurídico brasileiro um sem número de leis especiais que definem como improbidade administrativa a violação a seus dispositivos legais, de forma aberta, a exemplo da Lei de Responsabilidade

Fiscal, da Lei de Acesso à Informação, dentre outras<sup>8</sup>. Esses tipos abertos foram expressamente ressalvados pela Lei 8.429/92 e somente podem ser acolhidos pelo sistema de responsabilização a partir de uma interpretação que confira ao artigo 11, *caput* e sua combinação com o § 3º uma tipicidade aberta apta a receber essas disposições especiais e a elas dar aplicabilidade.

Essa interpretação, além de conferir coerência ao sistema previsto no artigo 1º da Lei 8.429/92, confere sentido e eficácia a todas as disposições da Lei 8.429/92, de forma harmônica, sem que umas disposições anulem a eficácia de outras, bem como confere efetividade ao que estabelecido pelo artigo 37, *caput* e seu § 4º, da CF/88, que confere os contornos constitucionais da improbidade administrativa.

Por todo o exposto, necessária a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 11, *caput*, da Lei 8.429/92 para afastar qualquer interpretação no sentido de que o referido artigo estabelece um rol taxativo de condutas violadoras dos princípios da Administração Pública, por violação ao disposto no artigo 37, *caput* e § 4º, artigo 1º, inciso III, artigo 3º, artigo 5º, *caput*, todos da CF/88, bem como por violação ao princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação à proteção insuficiente e ao princípio da vedação de retrocesso ou, alternativamente, uma interpretação conforme a CF/88, ao artigo 11, *caput*, e sua combinação com os §§ 3º e 4º, no sentido de que tais disposições legais estabelecem uma tipicidade aberta aos atos de improbidade administrativa que violam princípios administrativos.

---

<sup>8</sup> Específica é a Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no âmbito federal, e em seu artigo 12, expressamente dispõe que a prática de atos previstos nos seus artigos 5º e 6º configuram improbidade administrativa **do artigo 11 da Lei nº 8429/92**, quando não caracterizadas as condutas dos artigos 9º e 10.

**2.5. DA EXCLUSÃO DA SANÇÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E PERDA DO CARGO PARA OS ATOS DE IMPROBIDADE QUE VIOLAM PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 12, INCISO III, DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, CAPUT E § 4º E ARTIGO 5º, CAPUT, AMBOS DA CF/88, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO.**

Dispõe o artigo 12, inciso III, da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

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:

[...]

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;

Ao excluir a possibilidade de aplicação de sanção de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos para os atos de improbidade que violam princípios da Administração Pública, o dispositivo transcrito afronta o disposto no artigo 37, § 4º, artigo 5º, caput, da CF/88, além de violar o princípio da proporcionalidade, na vertente da proteção insuficiente e da vedação de retrocesso.

Eis o que estabelece o artigo 37, § 4º, da CF/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...].

§ 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.

Como se vê, pela determinação constitucional, não autorizou o constituinte ao legislador excluir, a priori, a possibilidade de aplicação da sanção de perda do cargo e suspensão de direitos políticos pela prática de atos de improbidade administrativa. Segundo a proteção constitucional, todos os atos de improbidade administrativa podem ser sancionados com a perda do cargo e com a suspensão de direitos políticos, razão por que não é possível ao legislador exclusões apriorísticas, no exercício da conformação legislativa.

A autorização feita pelo constituinte, ao legislador, para a gradação das sanções impõe-lhe a observância do princípio da proporcionalidade, o qual é vilipendiado quando o legislador exclui aprioristicamente a possibilidade de aplicação da sanção de perda do cargo e da suspensão de direitos políticos a todos os atos de improbidade administrativa que violam princípios da Administração Pública.

Isso porque existem atos de improbidade administrativa que, embora não causem enriquecimento ilícito ou dano ao erário, são gravemente violadores dos princípios estruturantes da Administração Pública ou gravemente violadores dos direitos humanos. Existem violações gravíssimas

ao direito fundamental à boa administração, como por exemplo, corrupção ativa, concussão, fraudes a licitações, tortura, racismo que, mesmo não causando efetivo enriquecimento ilícito ou dano ao erário, é irrecusável a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da aplicação da pena de perda do cargo ou de suspensão de direitos políticos, pela total impossibilidade de permanecer o agente público no exercício de funções públicas.

Ademais, além de violar o artigo 37, § 4º, da CF/88, a exclusão apriorística da possibilidade de aplicação da sanção de perda do cargo e de suspensão de direitos políticos pela prática de atos de improbidade administrativa que violam princípios da Administração Pública afronta o princípio da igualdade (artigo 5º, caput, da CF/88), pois várias condutas que violam princípios administrativos, por vezes mais reprováveis que outras que causam efetivamente dano ao erário ou enriquecimento ilícito, serão menos severamente punidas.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, inciso III, da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021, por violação ao artigo 37, § 4º, artigo 5º, caput, ambos da CF/88, bem como ao princípio da proporcionalidade, inclusive na vertente da vedação à proteção insuficiente e da vedação de retrocesso.

**2.6. RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DE SANÇÕES DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. RESTRIÇÕES À EXECUÇÃO DE SANÇÕES PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE - ARTIGO 12, §§1º, 4º, 9º e 10 - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, CAPUT E § 4º E ARTIGO 5º, CAPUT,**

**AMBOS DA CF/88, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO.**

Dispõe o artigo 12, §§1º, 4º, 9º e 10 da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

Art. 12. [...]

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

[...].

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

[...].

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

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

Tais alterações (inclusões) da norma repressiva retiram a eficácia do comando constitucional no tocante ao combate à corrupção e à



improbidade administrativa, mostrando-se, ao mesmo tempo, contrárias ao previsto pelo legislador constituinte no § 4º do artigo 37 da CR/88 e desproporcionais, em nítido retrocesso descabido.

A previsão, no texto constitucional, da perda da sanção de perda do cargo constitui corolário do reconhecimento da incompatibilidade do exercício de cargos ou funções públicas por aquele que praticam o ato de improbidade administrativa.

Embora tenha o constituinte outorgado ao legislador estabelecer, por lei, a forma e a gradação das sanções previstas no artigo 37, § 4º, da CF/88, deverá este observar, no exercício dessa função de conformação legislativa, o princípio da proporcionalidade.

Esse princípio resulta vilipendiado quando o legislador restringe a possibilidade de aplicação da sanção de perda do cargo/função, determinando sua incidência apenas em relação ao vínculo existente entre o agente ímprobo e a Administração Pública por ocasião da prática do ato de improbidade administrativa, afastando a possibilidade de essa sanção alcançar todos os vínculos existentes entre o agente ímprobo e a Administração Pública, na data da sentença. Isso porque ou o agente ímprobo, em razão do ato praticado, não tem condições de exercer as funções públicas e, então, nenhum cargo poderá ocupar, ou o ato de improbidade praticado não indica essa incompatibilidade e a perda do cargo será completamente inadequada no caso concreto.

Conforme Alves e Garcia, a “perda da função pública” em reprimenda àqueles que praticaram ato de improbidade administrativa visa a

[...] afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida, o que tornaria no mínimo

insensata a restrição dos efeitos da lei quando patente sua pertinência, já que similares os substratos.

[...]

Em razão da mencionada incompatibilidade entre a personalidade do agente e a gestão da coisa pública, o que se tornou claro com a prática do ato de improbidade, deve a sanção de perda da função, quando aplicada, extinguir todos os vínculos laborais existentes junto ao Poder Público. O art. 12, em seus três incisos, fala genericamente em perda da função, que não pode ser restringida àquela exercida por ocasião da prática do ato de improbidade, isso sob pena de se permitir a prática de tantos ilícitos quantos sejam os vínculos existentes, em flagrante detrimento da coletividade e dos fins da lei. Ainda que o agente exerça duas ou mais atribuições, de origem eletiva ou contratual, ou uma função distinta daquela que exercia por ocasião do ilícito, o provimento jurisdicional haverá de alcançar todas, determinando a completa extinção das relações existentes entre o agente e o Poder Público.

Assim, é irrelevante que o ilícito, *verbi gratia*, tenha sido praticado em detrimento de um ente municipal e o agente, por ocasião da aplicação da sanção, mantenha uma relação funcional com a administração estadual, pois a dissolução deverá abranger todos os vínculos mantidos com o Poder Público, designativo que abrange os sujeitos passivos dos atos de improbidade.

Deve-se lembrar que, a teor do art. 20 da Lei de Improbidade, a sanção de perda da função somente produz efeitos com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Por essa razão, ainda que o provimento jurisdicional se destine a valorar acontecimentos pretéritos, a produção de efeitos futuros é incontroversa. Referida valoração redundará na imposição de restrições à esfera jurídica do ímprobo em momento posterior ao ato de improbidade, daí ser desinfluyente o fato de exercer função pública distinta da de outrora (...) ROGERIO PACHECO ALVES. Improbidade administrativa (Locais do Kindle 19813-19818). Saraiva. Edição do Kindle.

Restringir a aplicação da sanção de perda do cargo ao cargo/função ocupado pelo agente ímprobo por ocasião da prática ilícita não se revela suficiente para o fim a que se destina a sanção de perda do cargo, qual seja, a proteção do direito fundamental à boa administração da ação lesiva do agente ímprobo, que demonstre inaptidão para o exercício do cargo, uma vez que a inaptidão para o exercício de cargo público não resulta condicionada ao tipo de vínculo existente entre o agente e a Administração.

Ademais, a disposição legislativa tem aptidão para esvaziar a força normativa do disposto no artigo 37, § 4º, da CF/88, diante da demora do processo, especialmente diante da realidade brasileira, em que o tempo médio entre a data do ajuizamento do processo e a data do trânsito em julgado é de 1.855,83 dias (61,86 meses ou 5,15 anos) com um desvio padrão de 105,19 dias, conforme levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça.<sup>9</sup>

Importante destacar que, nos termos do artigo 12, *caput*, da Lei n.º 8.429/1992, as sanções entabuladas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, devendo ser considerada a gravidade do fato, a extensão do dano causado, o proveito patrimonial obtido pelo agente público, entre outros aspectos descritos no artigo 17-C da lei, o que se revela suficiente ao cumprimento da conformação legislativa de gradação das sanções, à luz do princípio da proporcionalidade.

Não se argumente que a previsão, contida no próprio §1º do artigo 12, no sentido de que o magistrado, “**na hipótese do inciso I do caput deste artigo**, e em caráter excepcional”, pode estender a perda da função

---

<sup>9</sup>

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>

pública aos demais vínculos do agente, supre o atendimento à proporcionalidade, no caso concreto.

De início, essa ressalva apenas transfere do legislador para o magistrado a violação à proporcionalidade pois, como já acentuado, ou a conduta do agente ímprobo revela total inadequação para o exercício do cargo/função pública e a aplicação da sanção de perda do cargo em relação a todos os vínculos será de rigor ou não apresenta essa incompatibilidade e a aplicação da sanção de perda do cargo não será apropriada.

Ademais, tal como prevista pelo legislador, a hipótese restrita aos atos de improbidade do artigo 9º confere tratamento discriminatório em situações que merecem igual resposta, em flagrante violação ao artigo 5º, caput, da CF/88, porquanto a inaptidão para o exercício do cargo não se revela, exclusivamente, nas condutas descritas no artigo 9º da Lei 8.429/92.

Os mesmos vícios apontados em relação ao § 1º se fazem presentes no § 4º do artigo 12 da Lei 8.429/1992. Isso porque, da mesma forma, ou a empresa revela, por seu comportamento, total inaptidão para contratar com o poder público e a aplicação da sanção será de rigor, em razão do que determina o artigo 37, § 4º, da CF/88, ou não revela essa inaptidão e a aplicação da sanção não será devida.

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

Ainda em relação às alterações produzidas pela Lei n.º 14.230/2021 no tocante às sanções aplicadas àqueles que praticem ato de improbidade administrativa, tem-se que o §9º do artigo 12 estabelece que “as sanções previstas neste artigo somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória”, ou seja, não mais é admitida a execução provisória das penas de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente, pagamento de multa, proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditício, hipóteses que, até a alteração legislativa, eram admitidas em nosso sistema.

E isso porque o artigo 20 da Lei n.º 8.429/1992, cuja redação não foi alterada pela Lei n.º 14.230/2021, estabelecia e ainda estabelece, que apenas as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos só podem ser efetivadas com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Às demais sanções, que equivalem a verdadeiras obrigações de pagar quantia certa e fazer/não fazer, aplicavam-se as regras do Código de Processo Civil. O Ministro Herman Benjamin, no MS 16.418/DF, assim se manifestou sobre o mencionado artigo:

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

A vedação de execução provisória das consequências patrimoniais da improbidade administrativa, prevista no §9º do artigo 12 da Lei 8.429/92, constitui verdadeira redução da proteção constitucional ao direito fundamental à boa administração, em flagrante violação ao princípio da vedação de retrocesso, além de constituir violação ao princípio da proporcionalidade, na vertente da proteção insuficiente, tendo em vista que a legislação que deveria dar maior proteção ao direito fundamental à boa administração, garantida pelo constituinte por meio de um mandado sancionatório explícito, tornou-se mais benevolente do que a proteção que se dá, pela legislação processual civil, aos direitos em geral, uma vez que o Código de Processo Civil garante a possibilidade de execução provisória de sentenças condenatórias.

Por fim, a última alteração incluída no artigo 12 se refere à contagem do prazo da sanção dos direitos políticos, conforme se verifica do § 10:

Art. 12. [...].

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

Os efeitos de referida disposição devem ser extraídos de sua conjugação com o artigo 20, que proíbe a execução provisória da sanção de suspensão de direitos políticos.

Se a sanção de suspensão de direitos políticos não pode ser executada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não se revela possível computar na execução da sanção, o tempo decorrido entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da decisão.

Essa disposição viola, às escâncaras, o direito à tutela jurisdicional executória, que se extrai do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 e, ainda, a cláusula do devido processo legal, inscrita no artigo 5º, inciso LIV, também da CF/88, uma vez que afasta a possibilidade de execução de parcela da sanção correspondente ao tempo decorrido entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado, sem que a sanção tenha sido efetivamente cumprida, porquanto não detinha o Ministério Público a possibilidade de executá-la, em razão da vedação contida no artigo 20 da Lei 8.429/92.

Além disso, a disposição viola o disposto no artigo 37, § 4º, da CF/88, bem como o princípio da proporcionalidade ao conferir verdadeiro mandado de impunidade ao agente ímprobo que poderá não cumprir um dia sequer da sanção de suspensão de direitos políticos, a depender do tempo que transcorra entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da decisão.

A redação do § 10 parece querer repetir, à sanção de suspensão de direitos políticos, a regra aplicável à inelegibilidade, passível de ser executada antes do trânsito em julgado da decisão, nos termos do artigo 1º, inciso I, “I”, da Lei Complementar n.º 64/1994, em total incompatibilidade com o óbice decorrente do artigo 20 da Lei 8.429/92.

Por essas razões, necessária a declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, §§1º, 4º, 9º e 10, da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021, por violação ao artigo 37, § 4º, artigo 5º, inciso XXXV, LVI ambos da CF/88, bem como ao princípio da proporcionalidade, inclusive na vertente da vedação à proteção insuficiente e da vedação de retrocesso, ou, afastada a inconstitucionalidade da primeira parte do dispositivo, a declaração de inconstitucionalidade parcial, com redução de texto da expressão “na hipótese do inciso I do caput deste artigo”, para assim admitir a possibilidade de extensão dos efeitos da sanção de perda de função

pública a outros vínculos, mediante decisão fundamentada, em relação a todos as espécies de improbidade administrativa e não só do artigo 9º da Lei nº 8429/92.

**2.7. DA PROIBIÇÃO ABSOLUTA DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E PRESUNÇÃO DE PERICULUM IM MORA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DA PROIBIÇÃO ABSOLUTA DO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA PARA A GARANTIA DA MULTA. DA PROIBIÇÃO DE INCIDÊNCIA DA INDISPONIBILIDADE SOBRE O PATRIMÔNIO LÍCITO DO AGENTE ÍMPROBO. - ARTIGO 16, §§3º, 4º e 10, DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, § 4º, ARTIGO 5º, INCISO XXXV, AO ARTIGO 1º, CAPUT (PRINCÍPIO REPUBLICANO), ARTIGO 60, § 4º, TODOS DA CF, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO.**

Assim estabelece o artigo 16, §§ 3º e 10, da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.

[...]

§ 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.



[...]

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

O artigo 37, § 4º, da CF traz contornos mínimos acerca das consequências patrimoniais da improbidade administrativa. Dentre estas está a previsão de um mecanismo de tutela cautelar para a garantia dessas consequências patrimoniais, compatível com a importância do direito fundamental à boa administração no Estado Democrático de Direito: a indisponibilidade de bens.

Eis o que estabelece o artigo 37, § 4º, da CF/88:

Art. 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.

Atento a isso, esse Egrégio Tribunal, nos autos do RE 944504 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/10/2017, assim decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ACÓRDÃO EM QUE SE AFASTOU A NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PERICULUM IN MORA E SE CONCEDEU A TUTELA DE EVIDÊNCIA. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE, NOS CASOS DE INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL POR IMPUTAÇÃO DE CONDUTA ÍMPROBA LESIVA AO ERÁRIO, O PERICULUM IN MORA É IMPLÍCITO AO COMANDO NORMATIVO DO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. POSICIONAMENTO QUE NÃO AFASTA A PROVISORIEDADE DA DECISÃO, AUTORIZANDO A APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 735/STF. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O acórdão objurgado não eliminou propriamente a exigência do periculum in mora para a concessão da medida cautelar. Em verdade, o julgado presumiu sua existência ao considerar que o regime jurídico da cautelar nas ações de improbidade, da forma como determinado pelo art. 37, § 4º da Lei Fundamental, traz implícito o perigo da demora. 2. Na tutela de evidência encontra-se presente a avaliação subjetiva do magistrado e é inexistente a manifestação conclusiva de deferimento do pleito. Por óbvio, não se ignora a possibilidade de a decisão prolatada como tutela da evidência transitar em julgado, mas não é esse o caso dos autos. O que se tem na espécie é a possibilidade da conversão da tutela provisória em tutela definitiva. 3. Ademais, o fato de se estar a debater, em grau recursal, o conteúdo da decisão que decretou a indisponibilidade de bens evidencia seu caráter provisório, desprovido de definitividade. Portanto, sendo pacífico o entendimento da Corte no sentido de que não cabe recurso extraordinário contra acórdão em que se concede ou indefere antecipação de tutela, medida cautelar ou provimento liminar, há que se aplicar a Súmula nº 735/STF. 4. Ademais, rever a decisão da Corte a quo demandaria a análise da legislação

processual civil de regência, o que é vedado em sede extraordinária. 5. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, dada a ausência de comprovada má-fé. Inteligência dos arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85. (STF - RE 944504 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 31-10-2017 PUBLIC 06-11-2017). (grifou-se)

Do corpo do acórdão, colhe-se:

[...] Note-se que a Corte *a quo* não eliminou, propriamente, a exigência do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar. Em verdade, ela presumiu sua existência ao considerar que o regime jurídico da cautelar nas ações de improbidade, da forma como determinado pelo art. 37, § 4º, da Lei Fundamental, traz implícito o perigo da demora.

Afastada a necessidade de demonstração do *periculum in mora*, visto que inerente, na hipótese, à medida cautelar sumária, restaria a necessidade de comprovar apenas e tão somente a fumaça do bom direito. Conclui-se, portanto, que a Corte *a quo* não desprezou o requisito da urgência, **mas, em verdade, presumiu sua existência, ante as peculiaridades do sistema de cautelaridade fixado pelo já mencionado art. 37, § 4º, da Constituição.**

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também a partir de uma interpretação da CF/88, foi assim fixado o entendimento, o qual foi acolhido por essa Corte de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992,

**QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO.  
MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA**

**SEÇÃO. 1.** Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade,

representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido".

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

Observa-se que a interpretação dada, inclusive por essa Corte, no sentido da desnecessidade de comprovação do *periculum in mora* (seja pela sua presunção, seja pela desnecessidade, diante da preponderância da fumaça do bom direito) decorreu de uma interpretação direta do artigo 37, § 4º, da CF/88.

Se essa interpretação decorre diretamente do disposto no artigo 37, § 4º, da CF/88, em razão dos contornos dados pelo constituinte originário à medida de indisponibilidade de bens, resulta evidente a violação das disposições infraconstitucionais que proíbem a possibilidade de uma tutela cautelar de evidência na improbidade administrativa (artigo 16, § 3º) ou a possibilidade de presunção do *periculum in mora* (artigo 16, § 4º).

Ainda que assim não fosse, a efetividade do direito à tutela jurisdicional previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 assegura o manejo de toda em qualquer tutela provisória para a efetividade do direito fundamental à boa administração que se busca proteger com o exercício da ação de improbidade administrativa, desde que adequada e necessária à proteção do direito, conforme inclusive autorizado pela própria lei, no artigo 17, § 6º-A, da Lei 8.429/92.

A exclusão da possibilidade de manejo da tutela provisória de evidência para a proteção do direito fundamental à boa administração, especialmente tendo em conta a sua envergadura no sistema constitucional brasileiro, porquanto estruturante da própria democracia, constitui, além de flagrante violação aos contornos constitucionais da indisponibilidade de bens, previstos no artigo 37, § 4º, da CF/88, grave violação ao princípio da proporcionalidade, além da irrecusável violação à vedação de retrocesso.

Por outro lado, a vedação da medida de indisponibilidade de bens para a garantia da multa civil afronta os contornos constitucionais da indisponibilidade de bens, estabelecidos no artigo 37, §4º, da CF/88.

Isso porque a multa civil é, nos termos do artigo 12 da Lei 8.429/92, uma das sanções a serem aplicadas pela prática da improbidade administrativa e, como tal, integra o conjunto das consequências patrimoniais da improbidade administrativa, salvaguardadas pela indisponibilidade de bens, como medida cautelar constitucional de garantia das consequências patrimoniais da improbidade administrativa, conforme decorre do artigo 37, § 4º, da CF/88.

Essa foi a interpretação do STJ, cristalizada na Tese do Tema 1055 da sistemática de Recursos Repetitivos:

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

Dessa forma, a vedação da indisponibilidade de bens para a garantia da multa civil, introduzida pelo legislador ordinário, por meio do disposto no artigo 16, § 10, da Lei 8.429/92, incluído pela Lei 14.230/2021, além de afrontar, diretamente, o artigo 37, § 4º, da CF/88, por reduzir o âmbito de abrangência da medida acautelatória, sem autorização

constitucional, viola o princípio da proporcionalidade, na vertente da proteção insuficiente e constitui flagrante violação a vedação de retrocesso.

Ainda, por constituir vedação absoluta ao poder de cautela do Poder Judiciário, vulnera o direito fundamental a tutela jurisdicional, razão por que é flagrantemente inconstitucional.

Nesse sentido, pronunciou-se o STF, nos autos da ADI 4296/DF:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, §2º, 7º, III E §2º, 22, §2º, 23 E 25, DA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI 12.016/2009). ALEGADAS LIMITAÇÕES À UTILIZAÇÃO DESSA AÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º, XXXV E LXIX, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO CABIMENTO DO “WRIT” CONTRA ATOS DE GESTÃO COMERCIAL DE ENTES PÚBLICOS, PRATICADOS NA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA, ANTE A SUA NATUREZA ESSENCIALMENTE PRIVADA. EXCEPCIONALIDADE QUE DECORRE DO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE O JUIZ EXIGIR CONTRACAUTELA PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. MERA FACULDADE INERENTE AO PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA,**



QUANTO A ESSE ASPECTO, DE LIMITAÇÃO AO JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO E DA PREVISÃO DE INVIABILIDADE DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE LIMINAR EM RELAÇÃO A DETERMINADOS OBJETOS. CONDICIONAMENTO DO PROVIMENTO CAUTELAR, NO ÂMBITO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, À PRÉVIA OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE A LEI CRIAR ÓBICES OU VEDAÇÕES ABSOLUTAS AO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA. EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. CAUTELARIDADE ÍNSITA À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RESTRIÇÃO À PRÓPRIA EFICÁCIA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. PREVISÕES LEGAIS EVIDADAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARCIAL

PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O mandado de segurança é cabível apenas contra atos praticados no desempenho de atribuições do Poder Público, consoante expressamente estabelece o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal. Atos de gestão puramente comercial desempenhados por entes públicos na exploração de atividade econômica se destinam à satisfação de seus interesses privados, submetendo-os a regime jurídico próprio das empresas privadas.

2. No exercício do poder geral de cautela, tem o juiz a faculdade de exigir contracautela para o deferimento de medida liminar, quando verificada a real necessidade da garantia em juízo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Razoabilidade da medida que não obsta o juízo de cognição sumária do magistrado.

3. Jurisprudência pacífica da CORTE no sentido da constitucionalidade de lei que fixa prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança (Súmula 632/STF) e que estabelece o não cabimento de condenação em honorários de sucumbência (Súmula 512/STF) .

4. A cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal. Em vista disso, não será possível a edição de lei ou ato normativo que vede a concessão de medida liminar na via mandamental, sob pena de violação à garantia de pleno acesso à jurisdição e à própria defesa do direito líquido e certo protegida pela Constituição. Proibições legais que representam óbices absolutos ao poder geral de cautela. 5. Ação julgada parcialmente procedente, apenas para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 7º, §2º, e 22º, §2º, da Lei 12.016/2009, reconhecendo-se a constitucionalidade dos arts. 1º, § 2º; 7º, III; 23 e 25 dessa mesma lei.

Vale ressaltar que a própria Lei 8.429/92, em consonância com a CF/88, autoriza o Ministério Público a requerer todas as medidas cautelares adequadas e necessárias à salvaguarda do direito discutido na ação de improbidade administrativa, que abrange todas as medidas assecuratórias, previstas na própria lei e no CPC, para a garantia de todas as consequências patrimoniais da improbidade administrativa, tudo nos termos do disposto no artigo 17, § 6º-A da Lei 8.429/92, artigo 294 do CPC, ambos c/c artigo 37, § 4º e o artigo 5º, inciso XXXV, ambos da CF/88.

Inafastável, portanto, uma interpretação ao disposto no artigo 17, § 6<sup>a</sup>-A, da Lei 8.429/92 que lhe confira ampla eficácia, diante da inconstitucionalidade parcial do disposto no artigo 16, § 10, da Lei 8.429/92.

Quanto à vedação de incidência da indisponibilidade de bens sobre o “acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita”, também constante do artigo 16, §10, da Lei 8.429/92, de igual forma, padece de vício de inconstitucionalidade, por reduzir, desproporcionalmente, o alcance e abrangência da medida de indisponibilidade de bens, delineada no artigo 37, § 4<sup>o</sup>, da CF/88, sem autorização constitucional.

Como já salientado, a indisponibilidade de bens é a medida constitucional assecuratória das consequências patrimoniais da improbidade administrativa. A perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é, apenas, um dos objetivos da indisponibilidade de bens. Seu espectro de abrangência é mais amplo e alcança, também, o ressarcimento ao erário, como obrigação constitucional decorrente da improbidade, e as sanções pecuniárias (multa civil).

Reduzir a indisponibilidade prevista constitucionalmente aos bens decorrentes de atividade ilícita reduz a responsabilidade constitucional pela improbidade administrativa, em flagrante violação ao disposto no artigo 37, §4<sup>o</sup>, da CF/88, bem como ao princípio republicano (artigo 1<sup>o</sup> da CF/88), no qual se funda a responsabilidade de agentes públicos pelos ilícitos praticados no exercício da função pública.

Afastar a possibilidade de o patrimônio lícito do agente público responder pelas consequências patrimoniais da improbidade é negar a própria responsabilidade e, em última análise, o princípio republicano, o qual constitui cláusula pétrea implícita em nosso sistema constitucional, imune,

inclusive, à atuação reformadora do Poder Constituinte Derivado (artigo 60, § 4º, da CF/88).

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto do disposto no artigo 16, § 3º, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, para, retirando a expressão “apenas”, afastar qualquer interpretação que impeça a tutela de evidência na improbidade administrativa, por violação aos contornos constitucionais da indisponibilidade de bens, contidos no artigo 37, § 4º, bem como por violação ao artigo 5º, inciso XXXV, à vedação de retrocesso, bem como por violação ao princípio da proporcionalidade, em sua faceta de vedação de proteção insuficiente.

Também necessária a declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto do disposto no artigo 16, § 4º, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, para declarar inconstitucional a expressão “não podendo a urgência ser presumida”, por incompatível com os contornos constitucionais da indisponibilidade de bens, contidos no artigo 37, § 4º, à vedação de retrocesso, bem como por violação ao princípio da proporcionalidade, em sua faceta de vedação de proteção insuficiente.

Ainda, necessária a declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto do disposto no artigo 16, § 10, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, para declarar inconstitucional a expressão “sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita”, por incompatível com os contornos constitucionais da indisponibilidade de bens, contidos no artigo 37, § 4º, com o princípio à vedação de retrocesso, bem como por violação ao princípio da

proporcionalidade, em sua faceta de vedação de proteção insuficiente, além de violar o princípio republicano (artigo 1º da CF/88).

**2.8. COMINAÇÃO DE NULIDADE À SENTENÇA QUE CONDENE O RÉU POR TIPO DIVERSO DO PREVISTO NA PETIÇÃO INICIAL - ARTIGO 17, § 10-F, INCISO I - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV, LIV E LXXVIII E ARTIGO 93, INCISO IX, TODOS DA CF/88.**

Estabelece o artigo 17, § 10-F, inciso I, da Lei nº 8429/92, com as alterações da Lei nº 14.230/2021:

Art. 17.[...]

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

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

Esse dispositivo deve ser lido e entendido em conjunto com o disposto nos §§ 6º, 6º-B, 10-C e 10-D, todos do mesmo artigo 17, os quais tratam dos requisitos da petição inicial e do “despacho saneador”. *In verbis*:

Art. 17. [...]

§ 6º A petição inicial observará o seguinte:  
(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

[...].

§ 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.

[...].

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

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

[...].

Lidos os dispositivos acima indicados em conjunto, é possível delinear o sistema traçado pela Lei nº 14.230/21 no que se refere à imputação dos atos de improbidade administrativa aos réus e à possibilidade de às sanções a serem aplicadas, evidenciando-se clara limitação de acesso ao Judiciário (princípio da inafastabilidade de jurisdição), à duração razoável do processo e ao exercício da tutela jurisdicional por meio de decisões

fundamentadas (livre convencimento), consagrados no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII e artigo 93, inciso IX, todos da CF/88.

Ainda que não se discuta nesta inicial eventual limitação imposta à tipificação da conduta do agente ímprobo em hipótese única de ato de improbidade, seja no momento da petição inicial, seja no âmbito do “despacho saneador” (§§10-C e 10-D), a limitação trazida pelo § 10-F do artigo 17 viola frontalmente o sistema constitucional, ao impedir o pleno exercício da atividade jurisdicional pelo julgador, impedindo-o de proferir sentença condenatória, a partir das provas colhidas no bojo da ação de improbidade administrativa, em desacordo com a classificação dos fatos inicialmente feita, mesmo que fundamentadamente e mesmo que os fatos tenham sido descritos na inicial.

Ao estabelecer vedação a técnicas processuais que permitam ao magistrado dar a tutela jurisdicional, sem violação ao contraditório e à ampla defesa, o legislador restringe desproporcionalmente o direito conferido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, bem como afronta a cláusula do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, CF/88) seja por afastar do Poder Judiciário a apreciação e da lesão comprovada ao direito fundamental à boa administração e a responsabilização dos culpados, seja por impor-lhe a decisão que não corresponda aos fatos descritos na inicial (princípio da correlação entre a imputação e a sentença).

De igual modo, tal dispositivo ofende a garantia da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, CF/88), porquanto, a prevalecer tal hipótese de nulidade, abrir-se-á a possibilidade de manejo de nova ação de improbidade, após o transcurso de todo o *iter* processual, exclusivamente para buscar a responsabilização pelos mesmos fatos já demonstrados, porém, sob uma classificação jurídico-normativa.

Por fim, porém de não menos importância, cuida-se de violação explícita ao exercício pleno da tutela jurisdicional do Estado. Como se sabe, vigi em nosso ordenamento jurídico o consagrado princípio *iura novit curia*, segundo ao qual cabe ao julgador fazer a correta aplicação do direito ao fato que lhe for apresentado e demonstrado no bojo da instrução processual. O livre convencimento do magistrado é garantia constitucional que decorre do dever de motivação das decisões judiciais insculpido no inciso IX do artigo 93 da CF/88. Associado aos demais princípios e garantias acima identificados, é de entender por inconstitucional qualquer norma legal que apresente limitações ao exercício da parcela do poder estatal atribuída ao julgador, sob pena de indevida restrição à apreciação dos fatos representativos de lesão ao interesse público (o direito fundamental à boa administração) levados ao Poder Judiciário.

Ainda que se admita a validade da norma que determina a subsunção dos atos de improbidade a um único tipo legal previsto na Lei nº 8429/92, não há como ter-se como conforme o texto constitucional norma que impeça ao julgador de, diante do que lhe for apresentado e deduzido em juízo, produzidas provas (lícitas e sob o crivo do contraditório) que demonstrem a efetiva ocorrência de ato de improbidade administrativa e a responsabilidade do réu, impor-lhe as sanções que se mostrem adequadas, de acordo com seu convencimento e com a aplicação da lei ao caso concreto.

Por evidente que tal situação deve se compatibilizar com o princípio da não surpresa, positivado no artigo 10 do CPC, impondo-se ao julgador, na hipótese de entender cabível definição jurídica aos fatos diversa da prevista na petição inicial (e no despacho saneador), que dê às partes a oportunidade de prévia manifestação, antes de proferir sua decisão de mérito.



Impõe-se, assim, seja dada ao inciso I do § 10-F do artigo 17 da Lei nº 8429/92, introduzido pela Lei nº 14230/21, interpretação conforme a CF/88, a fim de compatibilizá-lo com o artigo 5º, incisos XXXV, LIV, LXXVIII e o artigo 93, inciso IX, da CR/88, no sentido de cominar a pena de nulidade à decisão de mérito que condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial, apenas na hipótese em que deixe o magistrado de *dar prévia oportunidade de manifestação às partes*.

**2.9. DA PROIBIÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA - ARTIGO 17, § 19º, INCISO II, DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, § 4º, ARTIGO 5º, INCISO XXXV E LVI, COM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO.**

Dispõe o artigo 17, § 19º, inciso II, da Lei .429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

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

[...].

§ 19. Não se aplicam na ação de improbidade administrativa:

[...];

II - a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

[...]

A vedação absoluta de distribuição dinâmica do ônus da prova (artigo 373, §§ 1º e 2º, do CPC) na ação de improbidade administrativa viola o princípio da proporcionalidade, o direito à prova e o direito à tutela jurisdicional, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV e inciso LVI, da CF/88.

Com efeito, a distribuição do ônus da prova no processo por improbidade administrativa, pelo legislador ordinário, constitui ponderação, feita em âmbito legislativo, entre o direito à tutela jurisdicional, o direito à prova deste decorrente e o direito à boa administração que se visa a tutelar, além do direito de liberdade em sentido amplo, para o fim de alcançar a igualdade processual.

A possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, assim compreendida a distribuição do ônus da prova, feita pelo julgador, no caso concreto, de forma diversa daquela estabelecida pelo legislador justifica-se diante de situações em que a distribuição feita pelo legislador revelar-se insuficiente para a garantia da igualdade processual e do equilíbrio entre os direitos em conflito no processo, a partir de uma ponderação de interesses, baseada no princípio da proporcionalidade.

Essa possibilidade compatibiliza-se com a condição de relatividade dos direitos fundamentais.

Ao vedar, de forma absoluta, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova na ação por improbidade administrativa, o legislador estabeleceu uma precedência absoluta do direito de liberdade do agente ímprobo em detrimento do direito fundamental à boa administração,

de forma incompatível com a relatividade ínsita a todos os direitos fundamentais.

Não há razão jurídica que justifique, no âmbito da ação por improbidade administrativa, uma precedência absoluta do direito de liberdade (em sentido amplo) do agente ímprobo, a afastar uma ponderação de interesses em matéria probatória, especialmente naquelas situações em que a prova se revele diabólica para o Ministério Público, em razão da conduta do próprio réu, a exemplo da prova do dano causado ao erário, nas hipóteses de fraude ou dispensa irregular de licitação.

Vale lembrar que a relatividade do direito de liberdade (em sentido amplo) do agente ímprobo, além de decorrer do próprio sistema de direitos fundamentais no qual está inserido, decorre de disposição expressa contida no artigo 37, § 4º, da CF/88, ao determinar a suspensão dos direitos políticos em razão da prática de atos de improbidade administrativa.

A vedação absoluta de distribuição do ônus da prova, aliada à alteração legislativa que exige, para a caracterização do ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92, a prova de dano efetivo ao erário, anula o direito à prova e conseqüentemente o direito à tutela jurisdicional, razão por que constitui restrição desproporcional a tais direitos e ao direito fundamental à boa administração que se objetiva tutelar com o exercício da ação de improbidade administrativa.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 17, §9º, inciso II, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, por violação ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV e inciso XLV, artigo 37, caput e sua combinação com o § 4º, à vedação

de retrocesso, bem como por violação ao princípio da proporcionalidade, em sua faceta de vedação de proteção insuficiente.

**2.10. DA EXIGÊNCIA DE OITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL. - ARTIGO 17-B, § 3º, DA LEI 8.429/92. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VIOLAÇÃO AO ARTIGO 73, 75 E 96, INCISO II, DA CF/88. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO A INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO TRIBUNAL DE CONTAS. ARTIGO 127, ARTIGO 129, INCISO III, ARTIGO 70 E 71 DA CF/88.**

Dispõe o artigo 17-B, § 3º, da Lei .429/92, com as alterações da Lei 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:

[...].

§ 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.

**2.10.1. DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL**

Em proêmio, o dispositivo transcrito padece de inconstitucionalidade formal, em razão da violação ao disposto no artigo 73, 75 e sua combinação com artigo 96, inciso II, todos da CF/88, que dispõem:

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Art. 96. Compete privativamente:

[...]

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

[...].

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Ao estabelecer prazos para que o Tribunal de Contas faça a apuração dos “parâmetros” para a fixação do dano causado ao erário, a lei ordinária, de iniciativa parlamentar, acaba por interferir na organização dos Tribunais de Contas, uma vez que a manifestação do Tribunal, órgão colegiado, deverá observar um trâmite procedimental que a ele compete disciplinar, nos termos do que estabelece o artigo 73, 75 e 96, inciso II, da CF/88, em flagrante violação a esses dispositivos, os quais atribuem aos Tribunais de Contas a iniciativa de leis que tratem de sua organização.

Em semelhante situação, assim se pronunciou essa Egrégia

Corte:

**EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 53, §§ 3º, 6º e 7º, e 55, §1º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 13/2014. ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. RESERVA DE INICIATIVA LEGISLATIVA. EXEGESE DOS ARTS. 73, 75 E 96, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. DESVIO DO MODELO FEDERAL DE CONTROLE EXTERNO DAS CONTAS PÚBLICAS. OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA NOS ESTADOS. ART. 75, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 1. Na linha da jurisprudência pacífica e reiterada do Supremo Tribunal Federal, estende-se aos Tribunais de Contas, como corolário das prerrogativas de independência e autonomia asseguradas às Cortes de Contas pela Lei Maior do país (arts. 73 e 75), a reserva de iniciativa para deflagrar o processo legislativo que tenha por objeto alterar a sua organização ou o seu funcionamento (art. 96, II, da Constituição da República). A promulgação de emenda a constituição estadual não constitui meio apto para contornar a cláusula de iniciativa reservada, que se impõe seja diante do texto original seja do resultante de emenda. A inobservância da regra constitucional de iniciativa legislativa reservada acarreta a inconstitucionalidade formal de norma resultante. Precedentes. 2. Inconstitucionalidade formal dos arts. 53, §§ 6º e 7º, e 55º, § 1º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, tanto em seu texto original quanto na redação dada pela Emenda Constitucional nº 13/2014. 3. O art. 75, caput, da Constituição da República contempla comando expresse de espelhamento obrigatório, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, do modelo nela estabelecido de controle externo da higidez contábil, financeira e orçamentária dos atos administrativos, sendo materialmente inconstitucional a norma de regência da organização ou funcionamento de Tribunal de Contas estadual divorciada do modelo federal de controle externo das**

contas públicas. 4. Inconstitucionalidade material da expressão “e com o reconhecimento da boa-fé, a liquidação tempestiva do débito ou multa atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade na apreciação das contas”, no art. 53, § 3º, bem como dos arts. 53, §§ 6º e 7º, e 55, §1º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte. (STF, ADI 5323, Tribunal Pleno, Rel.(a) Ministra Rosa Weber, j. 11/04/2019; p. 06/05/2019).

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 17-B, § 3º, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, por vício formal de iniciativa, nos termos do artigo 73, 75 e 96, inciso II, alínea a, da CF/88.

## **2.10.2. DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**

No exercício de suas funções institucionais, dentre elas a responsabilização de agentes públicos por improbidade administrativa, ao Ministério Público é garantida a autonomia, assim compreendida a possibilidade de exercício de suas funções institucionais sem interferências externas, de outros órgãos ou poderes, bem como a independência funcional a seus membros, que agem vinculados exclusivamente à Constituição e às leis, sem interferências internas, inclusive.

Ainda, para o exercício dessas funções institucionais, o Constituinte originário conferiu ao Ministério Público um poder de investigação próprio, autônomo, desvinculado de outros órgãos e poderes.

Dessa forma, qualquer previsão legislativa que estabeleça uma interferência, por outros órgãos e poderes, no âmbito das atribuições

constitucionais do Ministério Público, condicionando ou limitando sua atuação, padece de vício de constitucionalidade, por violação ao disposto no artigo 127 da CF/88.

Uma interpretação no sentido de que o artigo 17-B, § 3º, da Lei 8.429/92 impõe um dever, uma obrigação ao Ministério Público de oitiva do Tribunal de Contas sobre “parâmetros” para a apuração do dano causado ao erário, para a celebração do acordo de não persecução cível, implica violação a sua autonomia funcional, à independência de seus membros, bem como constitui restrição ao seu poder investigatório, vedada pelo artigo 127 e 129, inciso III, da CF/88.

Por outro lado, essa interpretação também viola a autonomia do Tribunal de Contas, além de conferir-lhe atribuição estranha àquelas estabelecidas constitucionalmente, voltadas ao controle externo da atividade administrativa, especialmente na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos e entidades de sua administração indireta, com foco na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade da atividade administrativa.

Isso porque o estabelecimento de um dever de apuração do dano a partir de critérios outros, vinculados à prática da improbidade administrativa, desvirtua a função constitucional do Tribunal de Contas de órgão de controle externo da atividade administrativa, especialmente na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos e entidades de sua administração indireta, para atribuir-lhe a função de órgão coadjuvante do Ministério Público, nas investigações por improbidade administrativa, em afronta ao que estabelece o artigo 70 da CF/88.



A distinção de atuação do Tribunal de Contas e do Ministério Público na apuração de danos causados ao erário foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 636886, Tema 899 de Repercussão Geral:

**CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.**

1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. Analisando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de

ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.

4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020).

E a conclusão a que chegou essa Egrégia Corte, para definir a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento de dano apurado e imputado pelo Tribunal de Contas foi exatamente o fato de que essa apuração não leva em conta aspectos próprios da improbidade administrativa.

Atribuir ao Tribunal de Contas a aferição do dano causado ao erário, a partir de aspectos que envolvem a improbidade administrativa, desvirtua a modelagem constitucional do Tribunal de Contas, com flagrante violação de suas funções institucionais e de sua autonomia funcional.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 17-B, §3º, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, por violação ao disposto no artigo 127, 129, inciso III, artigo 70 e 71, todos da CF/88.

Alternativamente, requer seja dada uma interpretação conforme à Constituição, a fim de se fixar o entendimento de que a ouvida do Tribunal de Contas, para a celebração do acordo de não persecução civil, sobre “parâmetros” para a apuração do dano causado ao erário somente será impositiva ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas quando essa diligência, à luz do princípio da indisponibilidade do poder investigatório do Ministério Público e da independência funcional de seus membros, revelar-se indispensável à apuração dos fatos e se inserir nos contornos constitucionais da atuação do Tribunal de Contas.

**2.11. VEDAÇÃO A QUALQUER HIPÓTESE DE SOLIDARIEDADE EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ARTIGO 17-C, §2º - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, § 4º, ARTIGO 5º, CAPUT, AMBOS DA CF/88, AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE E À VEDAÇÃO DE RETROCESSO**

Dispõe o artigo 17-C da Lei 8.429/92, com as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021:

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):

[...].

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

O artigo 37, § 4º, da CF/88 impõe como consequência da prática de ato de improbidade administrativa o dever de ressarcimento do dano causado ao erário.

A regra trazida pela alteração legislativa reduz a proteção ao patrimônio público, vilipendiado pela prática de improbidade administrativa, ao afastar a garantia da solidariedade, de forma desproporcional, haja vista que essa garantia é conferida a todas as vítimas de atos ilícitos, conforme disposição contida no artigo 942 do Código Civil, segundo o qual:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

A regra prevista na lei civil garante ao particular que, havendo a prática do ilícito por mais de um causador e a ocorrência de dano, todos ficarão sujeitos à obrigação de indenizar. Tal instituto consiste em um benefício para a vítima, que poderá exigir de um ou de alguns devedores a totalidade da dívida comum. A solidariedade, pois, se fundamenta no ato ilícito praticado e no dever de reparação do dano causado, sendo indiferente a possibilidade ou não de individualização das condutas. (STJ-4ª T., REsp 739.289, Min. Aldir Passarinho Jr., j. 4.5.10, DJ 24.5.10)

Contudo, ao vedar qualquer hipótese de solidariedade, o artigo 17-C, § 2º, da Lei 8.429/92 confere proteção insuficiente ao patrimônio público, esvazia o comando contido no artigo 37, § 4º, da CF/88, e viola o princípio da igualdade estampado no artigo 5º, caput, da CF/88, uma vez que confere aos bens públicos, de propriedade coletiva, vocacionados à realização de direitos fundamentais, proteção inferior do que aquela concedida aos bens particulares.

Ademais, há verdadeiro retrocesso na proteção dos bens públicos e do direito fundamental a boa administração.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do artigo 17-C, § 2º da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021, por violação ao artigo 37, § 4º, artigo 5º, *caput*, ambos da CF/88, bem como ao princípio da proporcionalidade, inclusive na vertente da vedação à proteção insuficiente e da vedação de retrocesso.

## **2.12. DA NATUREZA NÃO CIVIL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA -- ARTIGO 17-D DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, § 4º E ARTIGO 129, INCISO III, DA CF/88. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO**

Estabelece o artigo 17-D da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

“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.

[...].

Ao afastar, de forma explícita, a natureza civil da ação de improbidade administrativa e excluir a possibilidade de seu manejo 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, a disposição afronta o disposto no artigo 37, § 4º e artigo 129, inciso III, ambos da CF/88.

Ao estabelecer o constituinte originário, no artigo 37, § 4º, da CF/88 que o mandado de proteção o direito fundamental à boa administração, sancionatório da improbidade administrativa, não se identificaria ou mesmo substituiria a instância penal, ressaltou o constituinte que a resposta estatal à improbidade administrativa dar-se-ia sem prejuízo da “ação penal cabível”.

Interpretando esse dispositivo, essa Suprema Corte, nos autos da ADI 2797/DF, fixou o seguinte entendimento, em caráter vinculante:

Legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de "associados efetivos" ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em conseqüência, entre os do Ministério Público . III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei

10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal

dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. **De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.** 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.



3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado. (ADI 2797, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250) - grifou-se.

A conclusão a que chegou o STF nos autos da ADI 2797/DF decorreu de uma interpretação direta da CF/88. Embora o argumento da inconstitucionalidade formal já não se sustente diante do entendimento firmado nos autos da ADI 5.105/DF, na qual se reconheceu a legitimidade da relação dialógica entre os Poderes, na interpretação da Constituição, neste último julgado também se fixou o entendimento de que lei ordinária editada em reação legislativa à interpretação fixada pela Corte Suprema, em controle concentrado de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, **tem presunção *juris tantum* de inconstitucionalidade** e submeter-se-á a um escrutínio mais rigoroso de constitucionalidade pelo STF, impondo, ao legislador, um ônus argumentativo maior, a fim de demonstrar que as alterações na realidade fática levaram à obsolescência do entendimento do STF e à necessidade de reinterpretar a Constituição, em verdadeira mutação constitucional.

Nenhuma alteração se verifica, na realidade fático-normativa, que justifique suplantando o entendimento anteriormente fixado pelo STF, sobre a natureza civil da ação de improbidade administrativa, senão o voluntarismo do legislador.

A natureza civil da ação por improbidade administrativa, voltada à tutela coletiva do patrimônio público, decorre não só da explícita dicção constitucional, como dos próprios objetivos propostos à ação por improbidade administrativa, pelo constituinte originário: a tutela do direito fundamental à boa administração, por meio da restrição de direitos civis e

políticos, expressamente elencados pelo próprio constituinte, cuja relatividade decorre da própria decisão constituinte, além do dever (de natureza obrigacional) de reparação dos danos causados ao erário.

A natureza civil da ação por improbidade administrativa foi recentemente reafirmada, em decisão monocrática, proferida pelo Relator Alexandre de Moraes, nos autos da ADI 7042/DF, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado, contra dispositivos da Lei 14.230/2021, que alterou a Lei 8.429/92, ao pontuar:

[...]

O art. 129, § 1º, da Constituição Federal – diferentemente da previsão constitucional do inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal, que prevê a privatividade da ação penal pública ao Ministério Público – dispõe, expressamente, que **a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas nesse artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na própria Constituição e na lei.**

A norma constitucional em questão deixa certa margem de conformação ao legislador infraconstitucional para a disciplina e regulamentação da legitimação desses terceiros – o que não significa, em absoluto, a inexistência de um dever de coerência e racionalidade nesse exercício, buscando eficiência no combate à corrupção e proteção ao patrimônio público.

O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF). Tratou-se de verdadeira evolução legislativa, pois o Decreto-Lei Federal 3.240, de 8 de maio de 1941, previa somente o sequestro e a perda dos bens de autores de crimes que resultavam em prejuízo para a Fazenda Pública, desde que acarretassem locupletamento ilícito, e subsidiariamente, a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de

aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.

[...].

A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava PLATÃO, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem “induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado”.

A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa, pois, com afirmado por MARCO TÚLIO CÍCERO:

fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime (As leis, III, XIV, 32).

Nesse contexto, portanto, o combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para a implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados (RE 976.566, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe 26/09/2019), o que sugere a inserção dos órgãos e entes diretamente atingidos pela conduta desviante do padrão constitucional de moralidade e, por consequência, dos agentes constitucionalmente incumbidos da sua representação, pois, como bem destacado por JOSÉ AFONSO DA SILVA (Comentário Contextual à Constituição. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 618):

A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo

do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe concedeu um sentido próprio e extensivo, e abrangente da ética pública.

A supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação de improbidade administrativa pode representar grave limitação ao amplo acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), com ferimento ao princípio da eficiência (CF, art. 37, caput) e, no limite, obstáculo ao exercício da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “zelar pela guarda da Constituição” e “conservar o patrimônio público” (CF, art. 23, I), bem como, um significativo retrocesso quanto ao imperativo constitucional de combate à improbidade administrativa.

Em respeito às citadas normas constitucionais, a previsão do §1º, do art. 129 da Constituição Federal parece indicar um comando impeditivo à previsão de exclusividade por parte do Ministério Público nas ações civis por ato de improbidade administrativa, impondo, assim, a necessidade de uma interpretação teleológica do texto constitucional, como bem ressaltado pelo Min. ILMAR GALVÃO no julgamento do Recurso Extraordinário 208.790 (Tribunal Pleno, DJ de 15/02/2000):

Na verdade, o art. 129, III, da CF, ao legitimar o Ministério Público para agir na proteção do patrimônio público, por via da ação civil pública, não fez senão instituí-lo substituto processual de toda a coletividade, posto que agirá na defesa de um interesse que toca a todos, indistintamente, revestindo, conseqüentemente, a natureza de interesse difuso. Essa legitimação, de caráter extraordinário, [...] não afasta a iniciativa do próprio ente público interessado, como previsto no primeiro dispositivo citado [CF, art. 129, § 1º].

Mais recentemente, ao apreciar a restrição constitucional que veda ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (CF, art. 129, XI, in

fine), a mesma conclusão (extensível, a *contrario sensu*, para os casos sob análise) foi reafirmada pelo Min. LUIZ FUX no julgamento do Recurso Extraordinário 409.356 (Tribunal Pleno, DJe de 29/07/2020), nos seguintes termos:

**A referida restrição, todavia, deve ser interpretada em consonância com os demais dispositivos da Carta Magna que atribuem ao parquet ampla atribuição no campo da tutela do patrimônio público, interesse de cunho inegavelmente transindividual. Afinal, o próprio art. 129, III, da Constituição exorta o Ministério Público ao ajuizamento da ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social”, “e de outros interesses difusos e coletivos”. Rememore-se que a atuação do parquet na proteção do patrimônio público não afasta a atuação do próprio ente público prejudicado, conforme prevê o art. 129, § 1º, da Constituição: [...]. No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.429/92 confere ao Ministério Público legitimidade para promover a ação de improbidade, a qual possui dentre seus objetivos a reparação ao Erário. Em casos tais, o parquet não age como representante da entidade pública, e sim como substituto processual de uma coletividade indeterminada, é dizer, a sociedade como um todo, titular do direito à boa administração do patrimônio público.**

[...] Noutras palavras, o combate em juízo à dilapidação ilegal do Erário configura atividade de defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e do patrimônio público, sendo todas essas funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pelos artigos 127 e 129 da Constituição. Entendimento contrário não apenas afronta a textual previsão da Carta Magna, mas também fragiliza o sistema de controle da Administração Pública, visto que deixaria a persecução de atos atentatórios à probidade e à moralidade administrativas basicamente ao talante do próprio ente público no bojo do qual a lesão ocorreu.

A supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa caracteriza uma espécie de monopólio absoluto do combate à corrupção ao Ministério Público, não autorizado, entretanto, pela Constituição Federal, e sem qualquer sistema de freios e contrapesos como estabelecido na hipótese das ações penais públicas (art. 5º, LIX, da CF).

Observa-se que toda a fundamentação aposta pelo Relator Alexandre de Moraes calca-se no reconhecimento da inclusão da ação de improbidade no sistema de tutela coletiva do patrimônio público, cuja gênese se encontra no artigo 129, inciso III, da CF/88. Essa interpretação é extraída diretamente da CF/88, a partir da dicção do artigo 37, § 4º, c/c artigo 129, inciso III e § 1º, todos da Magna Carta e irradia seus efeitos para toda a Lei 8.429/92.

Por outro lado, a vedação ao manejo da ação de improbidade administrativa 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 imposta pelo artigo 17-D da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021 também afronta o artigo 37, caput e § 4º, da CF/88, uma vez que a ação de improbidade administrativa não se destina, exclusivamente, ao fim de aplicar sanções, mas também para o fim de ressarcimento ao erário, que não é sanção, mas consequência obrigacional da prática ilícita.

Por fim, a proteção conferida ao direito fundamental à boa administração no Estado Democrático de Direito, inaugurado pela CF/88, no artigo 37, caput e § 4º, da CF/88, não se compatibiliza com uma disciplina legal que afaste uma proteção ampla do referido direito. A redução legal dessa proteção viola o princípio da vedação de retrocesso.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 17-D, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, por violação ao disposto no artigo 37, § 4º e artigo 129, inciso III, ambos da CF/88 e ao princípio da vedação de retrocesso.

**2.13. EXCESSIVA E INDEVIDA INTERFERÊNCIA DA INSTÂNCIA CRIMINAL NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ARTIGO 21, § 4º - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, § 4º, ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LIII, AMBOS DA CF/88, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

Estabelece o artigo 21, § 4º da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

Art. 21. [...].

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

Trata-se de norma que, de forma inexplicável e em flagrante contradição ao artigo 37, § 4º, da CF/88, amplia sobremaneira a extensão de efeitos de decisão proferida em juízo criminal para o âmbito da improbidade administrativa.

A independência entre a instância civil, na qual se discutem atos de improbidade administrativa, e a instância criminal é consagrada, de forma específica, no artigo 37, § 4º, da CF/88, ao dispor:

Art. 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.

[...].

Não se discute que essa independência das instâncias, consagrada constitucionalmente, não é absoluta. A integridade da própria CF/88 impõe limitações à independência das instâncias, a fim de evitar contradições insuperáveis que retirariam a eficácia de suas próprias disposições. Tais situações foram bem delineadas, ao longo do tempo, pela legislação infraconstitucional, ao estabelecer a comunicação das decisões proferidas na esfera criminal com a esfera cível, quando fundamentada na inexistência do fato ou na ausência de autoria (artigo 65 do CPP e artigo 935 do CC).

Aliás, essa regra foi expressamente positivada no §3º do mesmo artigo 21 da Lei nº 8429/92, por inclusão também da Lei nº 14230/21 ao estabelecer que “as sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria”.

Entretanto, em contradição ao que estabelece o artigo 37, § 4º, da CF/88 e ao próprio artigo 21, § 3º, da Lei 8.429/92, o § 4º prevê a comunicação de todas as decisões proferidas na instância criminal, com qualquer fundamento, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão, com expressa determinação de impedimento de prosseguimento da ação de improbidade administrativa.

Ao estender, de modo amplo e irrestrito, a comunicação das decisões proferidas na instância penal à instância da improbidade administrativa, o legislador aniquila a eficácia da independência das instâncias determinada pelo constituinte originário e mais, anula o mandado sancionatório da improbidade administrativa, a qual possui contornos



próprios, previstos no artigo 37, caput, da CF/88 e diversos daqueles contornos estabelecidos pelo legislador para os tipos penais, uma vez que permite a comunicação da instância penal em caso de atipicidade dos fatos (artigo 386, inciso III, CPP)

O mesmo ocorre com a absolvição criminal por insuficiência de provas (artigo 386, inciso II, V e VII, do CPP). Além de a produção probatória necessária à demonstração dos fatos estar diretamente relacionada com os contornos típicos da conduta, que são diversos no âmbito penal e no âmbito da improbidade, a vedação à possibilidade de produção probatória no âmbito cível, quando a prova não foi produzida no âmbito penal, viola o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, além de constituir restrição indevida ao exercício da jurisdição pelo juiz constitucionalmente competente (princípio do juiz natural - artigo 5º, inciso LIII, da CF/88).

Nesse cenário, resulta evidente que disposição ora questionada, ao argumento de privilegiar a segurança jurídica, acaba por esvaziar o comando sancionatório estabelecido pelo constituinte originário, no artigo 37, § 4º, da CF/88, além de constituir violação ao exercício do direito à tutela jurisdicional e ao exercício da jurisdição pelo juiz natural (artigo 5º, inciso XXXV e LIII, CF/88).

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 21, § 4º, da Lei 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, por violação ao disposto no artigo 37, § 4º e artigo 5º, inciso XXXV e LIII, ambos da CF/88 e ao princípio da proporcionalidade.

**2.14. DA CONTAGEM DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO. DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - ARTIGO 23, *CAPUT*, §§ 4º E 5º DA LEI 8.429/92 VIOLAÇÃO AO Artigo 5º, *caput*, XXXV E ARTIGO 37, *CAPUT* E § 4º, DA CF/88, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E À PROIBIÇÃO DE VEDAÇÃO DE RETROCESSO**

Dispõe o artigo 23, *caput* e seus § 4º e 5º, da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

“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.

A previsão de início da contagem do prazo prescricional na data do fato, portanto, dissociado do conhecimento efetivo da lesão pelo legitimado extraordinário, constitui restrição desproporcional ao direito à tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, além de constituir flagrante violação ao princípio da proporcionalidade e da vedação de retrocesso.

Por outro lado, o estabelecimento de prazos de prescrição intercorrente, também desvinculados da inércia do autor, associado à redução pela metade, e ao estabelecimento de causas interruptivas que não favorecem a igualdade processual, também violam o artigo 5º, caput, XXXV, artigo 37, § 4º, da CF, além do princípio da vedação à proteção insuficiente e da vedação de retrocesso.

Estabelece a CF/88 em seu artigo 5º, inciso XXXV:

Art. 5º. [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...].

Consagra a transcrita disposição constitucional o direito à tutela jurisdicional, em seu sentido formal e material, que compreende não somente o direito de acesso ao Poder Judiciário, mas o direito de dele obter uma tutela jurisdicional justa, diante da ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito.

A garantia fundamental que se extrai do artigo 5º, inciso XXXV, aplica-se ao direito fundamental à probidade na Administração que deflui do disposto no artigo 37, do artigo 1º, inciso III, do artigo 3º e de todo o plexo de disposições contidas naCF/88.

É nesse contexto que se impõe a análise da legitimidade das restrições ao direito à tutela jurisdicional e ao direito fundamental à probidade, que as normas de prescrição representam, em favor da segurança jurídica.

As colisões de direitos num sistema universal de direitos fundamentais são inevitáveis. A relatividade ínsita aos direitos insertos no sistema de direitos fundamentais autoriza a realização de ponderações, em âmbito legislativo, que objetivem a maximização de direitos e sua compatibilização com o exercício de direitos outros em rota de colisão. Tais ponderações, entretanto, não podem constituir óbices intransponíveis ao exercício de direitos e somente se legitimam à medida que forem capazes de possibilitar uma eficácia ótima dos direitos eventualmente em conflito

E para a maximização do direito à tutela jurisdicional e ao contraposto direito à segurança jurídica, cuja eficácia poderia resultar comprometida pelo exercício ilimitado no tempo, do direito à tutela jurisdicional, nesse sistema universal e relativo de direitos fundamentais, disciplina o legislador normas de prescrição, as quais constituem ponderações, feitas em âmbito legislativo, para a garantia do direito à tutela jurisdicional e à segurança jurídica num sistema universal e ao mesmo tempo relativo de direitos.

Portanto, o estabelecimento de prazos para o exercício do direito material (decadência) ou da pretensão/ação que surge com a violação ao direito material (prescrição) constituem limitações estabelecidas

pelo legislador ao exercício do direito à tutela jurisdicional, mais especificamente do direito de dimensão processual deste decorrente - o direito de ação - em ponderação de interesses, para a maximização tanto do direito à tutela jurisdicional como do direito à segurança jurídica, na vertente da estabilidade das relações jurídicas, num cenário de colisão entre esses direitos.

Nessa esteira, constituindo as regras de prescrição restrições calcadas em ponderação de interesses, para a coexistência e maximização do direito à tutela jurisdicional (e o direito de dimensão processual deste decorrente - a ação) e do direito à segurança jurídica, resulta evidenciado que o estabelecimento de prazos para o exercício do direito a tutela jurisdicional deve guardar correspondência com a complexidade e a extensão da violação causada ao direito à probidade na Administração e a satisfação que o exercício da tutela jurisdicional causará a esse direito, diante do sacrifício eventualmente causado à segurança jurídica do titular do direito contraposto. As restrições que aniquilem o direito à tutela jurisdicional, ou que tornem impossível seu exercício, não encontram fundamento no princípio da proporcionalidade.

---

Importante lembrar que as normas de prescrição, como restrições ao exercício do direito fundamental à tutela jurisdicional, existem para regular, no tempo, o exercício do direito de ação, como fato jurídico que exsurge da violação, no caso da improbidade administrativa, ao direito fundamental a boa administração, associado à possibilidade de seu exercício.

Em análise à *actio nata*, como fato jurídico pressuposto da prescrição, Nery Jr.<sup>10</sup> ensina:

[...] O termo inicial da contagem do prazo prescricional surge no exato momento em que ocorre a violação ao direito material. Essa é a regra estabelecida no CC 189: ‘Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206’. A pretensão surge (nasce) somente com a violação do direito. Por conseguinte, apenas quando se configura a pretensão é que se inicia a contagem do prazo prescricional. **Isto quer significar que somente se inicia o prazo de prescrição no momento em que se poderia ajuizar pretensão de cunho condenatório relativa ao direito que se entende violado: ferido o direito, nasce a pretensão à sua reparação. No momento em que credor puder mover ação para exigir o cumprimento da obrigação é, nesse momento, que se inicia o prazo de prescrição da pretensão.** Em termos temporais, pode-se afirmar que o direito existe, necessariamente, antes da pretensão. Ou seja, não pode haver pretensão sem direito que a anteceda. Sobre essa questão merece destaque a posição doutrinária de Pontes de Miranda: ‘A prescrição inicia-se ao nascer a pretensão; portanto, desde que o titular do direito pode exigir o ato, ou a omissão. A pretensão supõe o direito, que é prius; pode ser posterior a ele, e.g., se há dia para vencimento e exigibilidade’ (destacamos). Assim, no exato instante em que é violado o direito, surge a pretensão, materializando-se o termo a quo prescricional.

Observa-se que embora a violação do direito seja requisito indispensável ao nascimento da pretensão e, conseqüentemente, da ação, obtempera o autor que o curso da prescrição somente se inicia no momento em que o autor puder mover a ação para o cumprimento da

---

<sup>10</sup> NERY JR. Nelson. Actio nata e prescrição. Parecer. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCIVIL, ano 4, n. 24, abr./jun. 2020. Disponível em:

obrigação, o que somente é possível diante do conhecimento, pelo autor, da violação.

Nesse mesmo sentido, é o posicionamento de Câmara Leal<sup>11</sup> ao condicionar a prescrição à existência de uma ação “exercitável”:

[...]Ora, sendo o objetivo da prescrição extinguir as ações, ela só é possível desde que haja uma ação a ser exercitada em virtude da violação do direito. **Daí a sua primeira condição elementar: existência de uma ação exercitável.** É a actio nata dos romanos. [...] Não basta, porém, que o direito tenha existência atual e possa ser exercido por seu titular, é necessário, para admissibilidade da ação, que esse direito sofra alguma violação que deva ser por ela removida. É da violação, portanto, que nasce a ação. E a prescrição começa a correr desde que a ação teve nascimento, isto é, desde a data em que a violação se verificou.

Dessa forma, o estabelecimento de um prazo de prescrição cujo início não coincida com a possibilidade de exercício da pretensão/ação diante do conhecimento da violação pelo Ministério Público, como legitimado (extraordinário) para a proteção do direito, restringe de modo desproporcional o direito à tutela jurisdicional, com aptidão para anular o direito quando o conhecimento dos fatos não se der em tempo suficiente para o exercício da pretensão em juízo, o que evidencia a violação ao núcleo essencial do direito consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.

Ademais, a alteração promovida pela Lei 14.230/2021 ao artigo 23, caput, da Lei 8.429/92 viola a vedação de proteção insuficiente e a vedação de retrocesso, uma vez que o sistema de contagem de prazos

---

5. <sup>11</sup> CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. Da prescrição e da decadência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. n. 15, p.

prescricionais, previstos anteriormente à alteração legislativa, conferiam maior e mais efetiva proteção ao direito fundamental à boa administração.

No que concerne à prescrição intercorrente, cumpre pontuar, em princípio, que a prescrição, no curso do processo civil, somente se justifica diante de uma situação de inércia, porquanto o instituto da prescrição, como restrição temporal ao exercício do direito à tutela jurisdicional, não se compatibiliza com a ideia de ação em movimento, o que impõe compreendê-la associada à inércia do autor.

A compreensão da prescrição intercorrente no âmbito da ação de improbidade administrativa, a partir da inércia, compatibiliza-se com a natureza do conflito subjacente, maximizando o direito à tutela jurisdicional e o direito à segurança jurídica e, conseqüentemente os direitos em conflito.

De outro lado, a natureza do conflito existente no âmbito da improbidade e das restrições que se operam como decorrência do poder de punir estatal, por não atingirem o núcleo essencial dos direitos, impõem uma compreensão da prescrição intercorrente disciplinada no artigo 23, § 5º, da Lei 8.429/92, com as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021, como restrição legislativa ao direito fundamental à tutela jurisdicional, calcada na ponderação de interesses, associada à inércia imputável ao titular da ação, que atua como legitimado extraordinário, na defesa do direito fundamental à probidade na Administração.

Em outras palavras, não havendo inércia do legitimado extraordinário, ou seja do Ministério Público, não há que falar em prescrição intercorrente.

Essa é a única interpretação que permite a compatibilização do artigo 23, § 5º, da Lei 8.429/92 com o artigo 5º, inciso XXXV e artigo 37, § 4º, ambos da CF/88.



Isso porque a compreensão da prescrição intercorrente como perda da ação e da pretensão pelo mero decurso do prazo estabelecido, entre os marcos interruptivos estabelecidos em lei (correspondente à metade do prazo previsto para o exercício da ação), viola flagrantemente o núcleo essencial do direito à tutela jurisdicional consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.

Conforme se extrai da disciplina do artigo 23, § 5º, da CF/88, o prazo da prescrição intercorrente corresponde à metade do prazo prescricional para o exercício da ação, o que viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que razão não há para a redução tão drástica do prazo prescricional, exatamente quando a ação está em movimento.

Desse modo, interpretada a prescrição intercorrente como mero decurso de prazo, desvinculado da inércia do autor, bastaria o transcurso do prazo de 04 (quatro) anos, entre os marcos interruptivos, previstos nos incisos do § 4º do artigo 23, para que fulminada fosse a pretensão do Ministério Público, na defesa da probidade administrativa.

A redução do prazo pela metade, exatamente no momento em que o Ministério Público manifesta, de forma mais robusta, seu interesse na obtenção da tutela jurisdicional, vai de encontro à lógica do instituto da prescrição e, por constituir limitação desarrazoada e desproporcional do direito fundamental à tutela jurisdicional, viola o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.

A violação fica ainda mais evidente quando se constata que os marcos interruptivos referidos nos incisos II a V do §4º do artigo 23 da Lei 8.429/92 dizem respeito a atos e fatos processuais desvinculados da manifestação expressa do interessado titular da ação, circunscritos a

decisões de procedência, que confirmam ou que reformam sentença ou acórdão de improcedência.

Desse modo, a publicação de sentença de improcedência, ou daquelas decisões que confirmam a sentença ou acórdão de improcedência ou que reformam sentença ou acórdão de procedência não têm efeito interruptivo do prazo prescricional, ainda que o interesse na obtenção da tutela jurisdicional seja manifestado pelo exercício dos recursos previstos em lei.

Considerando a realidade judiciária brasileira e a complexidade dos fatos que envolvem, em regra, a improbidade administrativa, basta que não se obtenha a tutela jurisdicional em primeira instância para que o direito à probidade na Administração fique sem proteção, diante da absoluta impossibilidade de que essa tutela seja alcançada, em segunda instância ou em instância especial e extraordinária, no diminuto prazo de 04 (quatro) anos.

No sistema de direitos fundamentais, qualquer restrição somente se legitima se fundada no princípio da proporcionalidade. Em situações de conflito, somente se revelam proporcionais restrições que sejam necessárias e adequadas à realização do direito contraposto, na mesma medida da realização desse direito e que não constitua anulação do direito restringido (proporcionalidade em sentido estrito). Restrições que aniquilem direitos não encontram justificção no princípio da proporcionalidade.

O estabelecimento de uma disciplina de prescrição que, diante da realidade fática, inviabiliza o exercício do direito de ação para a tutela do direito fundamental a probidade na Administração, padece de legitimação no sistema de direitos fundamentais porquanto, além de violar

o princípio da proporcionalidade, o direito fundamental à tutela jurisdicional, afronta, também, a própria duração razoável do processo, que constitui uma garantia das partes e não somente do réu, para a obtenção de uma tutela jurisdicional justa, o que pode resultar comprometido tanto diante de um processo extremamente moroso, como diante um processo que, pela exiguidade dos prazos, não permita a adequada discussão e a efetiva obtenção da tutela.

Em arremate, a redução desarrazoada do prazo de prescrição intercorrente e sua conjugação a marcos interruptivos que não garantem os direitos envolvidos na relação conflituosa de modo igualitário, além de violar o direito à tutela jurisdicional, o direito à duração razoável do processo, constitui flagrante violação ao princípio da igualdade processual.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 23, caput e do §§ 4º e 5º da Lei 8.429/92, por violação ao artigo 5º, caput, XXXV e artigo 37, § 4º, da Lei 8.429/92, e por violação ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da vedação de retrocesso. Alternativamente, especificamente em relação ao §5º, seja dada interpretação conforme a CF/88, para o fim de conferir a interpretação no sentido de que a prescrição intercorrente prevista no § 5º somente opera se houver inércia do autor da ação, pelo prazo ali previsto.

**2.11. DA EXCLUSÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS DO  
ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
-- ARTIGO 23-C DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37,  
CAPUT E § 4º E Artigo 5º, caput, DA CF/88**

Estabelece o artigo 23-C da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021:

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

Como se vê, o dispositivo transcrito concede uma verdadeira imunidade àqueles que se apropriam ou dilapidam recursos públicos dos partidos políticos, não autorizada pelo artigo 37, § 4º, da CF/88, uma vez que não é possível ao legislador, na sua atuação de conformação legislativa, tornar imunes pessoas ou grupos de pessoas à responsabilização imposta pelo constituinte.

Ao assim determinar, além de afrontar o disposto no artigo 37, § 4º, da CF/88, o artigo 23-C da Lei 8.429/92 viola o princípio da isonomia, inscrito no artigo 5º, caput, da CF/88, o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição à proteção insuficiente e o princípio da vedação de retrocesso, especialmente ao se considerar que a Lei 9.096/95 não se destina a disciplinar atos de improbidade administrativa praticados contra os recursos públicos geridos por partidos políticos.

Por essa razão, necessária a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 23-C da Lei 8.429/92, por violação ao artigo 5º, caput, artigo 37, caput e § 4º, da Lei 8.429/92, e por violação ao princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação à proteção insuficiente e ao princípio da vedação de retrocesso.

## **2. PEDIDO CAUTELAR**

Sobejam os requisitos para concessão de medida cautelar. Sinal de bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos, notadamente considerando a intensa violação ao direito fundamental a boa administração e ao que isso representa no Estado Democrático de Direito inaugurado pela CF/88, por quanto estruturante da própria democracia.

Evidente o perigo na demora processual (*periculum in mora*), diante da aplicação imediata da lei, a qual não teve período de *vacatio legis*, apesar da magnitude das alterações promovidas. A incidência da lei tão flagrantemente violadora de disposições constitucionais evidencia o perigo para a higidez do direito fundamental à boa administração e, conseqüentemente, à força normativa da CF/88.

A não suspensão cautelar das disposições impugnadas, ademais, constituirá estímulo às práticas corruptivas e violadoras do direito fundamental à boa administração, com sérios e irreversíveis danos à democracia.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou a ela conferida interpretação conforme à CF/88, se cabível.

### **3. REQUERIMENTOS**

Requer que, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário, medida cautelar para suspender a eficácia das seguintes normas, inseridas pela Lei 14.230/2021:

- a) artigo 1º, § 8º, da Lei 8.429/92;
- b) da expressão “apenas” do artigo 8º da Lei 8.429/92;
- c) da expressão “diretos” contida no artigo 3º, § 1º, da Lei 8.429/92;
- d) parcialmente e sem redução de texto, do artigo 11, caput, da Lei 8.429/92 para afastar qualquer interpretação no sentido de que o referido artigo estabelece um rol taxativo de condutas violadoras dos princípios da Administração Pública e interpretação conforme a CF/88, ao artigo 11, *caput*, e sua combinação com os §§ 3º e 4º, no sentido de que tais disposições legais estabelecem uma tipicidade aberta aos atos de improbidade administrativa que violam princípios administrativos;
- e) artigo 12, inciso III, da Lei 8.429/92;
- f) artigo 12, §§1º, 4º, 9º e 10, da Lei 8.429/92, ou, afastada a inconstitucionalidade da primeira parte do disposto no § 1º do artigo 12, a declaração de inconstitucionalidade parcial, com redução de texto da expressão “**na hipótese do inciso I do caput deste artigo**”, para assim admitir a possibilidade de extensão dos efeitos da sanção de perda de função pública a outros vínculos, mediante decisão fundamentada, em relação a todas as espécies de improbidade administrativa e não só do artigo 9º da Lei nº 8429/92;
- g) da expressão “apenas” do artigo 16, § 3º, da Lei 8.429/92,

- h) da expressão “não podendo a urgência ser presumida” do artigo 16, § 4º, da Lei 8.429/92;
- i) da expressão “sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita” contida no artigo 16, § 10, da Lei 8.429/92;
- j) artigo 17, §9º, inciso II, da Lei 8.429/92;
- a) interpretação conforme ao artigo 17, § 10-F, inciso I, da Lei nº 8429/92, introduzido pela Lei nº 14230/2021, a fim de fixar a interpretação de que nulidade à decisão de mérito que condenar o réu por tipo diverso daquele definido na petição inicial, apenas se dê na hipótese em que deixe o magistrado de *dar prévia oportunidade de manifestação às partes*;
- k) artigo 17-B, §3º, da Lei 8.429/92. Alternativamente, interpretação conforme, a fim de se fixar o entendimento de que a ouvida do Tribunal de Contas, para a celebração do acordo de não persecução civil, sobre “parâmetros” para a apuração do dano causado ao erário somente será impositiva ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas quando essa diligência, à luz do princípio da indisponibilidade do poder investigatório do Ministério Público e da independência funcional de seus membros, revelar-se indispensável à apuração dos fatos e se inserir nos contornos constitucionais da atuação do Tribunal de Contas;
- l) artigo 17-C, § 2º da Lei 8.429/92,
- m) artigo 17-D da Lei 8.429/92;

- n) artigo 21, § 4º, da Lei 8.429/92;
- o) artigo 23, caput, §§4º e 5º, da Lei 8.429/92. Alternativamente, especificamente em relação ao §5º, seja dada interpretação conforme a CF/88, para o fim de conferir a interpretação no sentido de que a prescrição intercorrente prevista no § 5º somente opera se houver inércia do autor da ação, pelo prazo ali previsto. e exclusivamente quanto ao § 5º, interpretação conforme;
- p) artigo 23-C da Lei 8.429/92.

Requer que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional e que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 14.230/2021:

- a) artigo 1º, § 8º, da Lei 8.429/92;
- b) da expressão “apenas” do artigo 8º da Lei 8.429/92;
- c) da expressão “diretos” contida no artigo 3º, § 1º, da Lei 8.429/92;
- d) parcialmente e sem redução de texto, do artigo 11, caput, da Lei 8.429/92 para afastar qualquer interpretação no sentido de que o referido artigo estabelece um rol taxativo de condutas violadoras dos princípios da Administração Pública e interpretação conforme a CF/88, ao artigo 11, *caput*, e sua



combinação com os §§ 3º e 4º, no sentido de que tais disposições legais estabelecem uma tipicidade aberta aos atos de improbidade administrativa que violam princípios administrativos;

- e) artigo 12, inciso III, da Lei 8.429/92;
- f) artigo 12, §§1º, 4º, 9º e 10, da Lei 8.429/92, ou, afastada a inconstitucionalidade da primeira parte do disposto no § 1º do artigo 12, a declaração de inconstitucionalidade parcial, com redução de texto da expressão “**na hipótese do inciso I do caput deste artigo**”, para assim admitir a possibilidade de extensão dos efeitos da sanção de perda de função pública a outros vínculos, mediante decisão fundamentada, em relação a todos as espécies de improbidade administrativa e não só do artigo 9º da Lei nº 8429/92;
- g) da expressão “apenas” do artigo 16, § 3º, da Lei 8.429/92;
- h) da expressão “não podendo a urgência ser presumida” do artigo 16, § 4º, da Lei 8.429/92;
- i) da expressão “sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita” contida no artigo 16, § 10, da Lei 8.429/92;
- j) artigo 17, §9º, inciso II, da Lei 8.429/92;
- k) interpretação conforme ao artigo 17, § 10-F, inciso I, da Lei nº 8429/92, introduzido pela Lei nº 14230/2021, a fim de fixar a interpretação de que nulidade à decisão de mérito que


condenar o réu por tipo diverso daquele definido na petição inicial, apenas se dê na hipótese em que deixe o magistrado de *dar prévia oportunidade de manifestação às partes*;


- l) artigo 17-B, §3º, da Lei 8.429/92. Alternativamente, interpretação conforme, a fim de se fixar o entendimento de que a ouvida do Tribunal de Contas, para a celebração do acordo de não persecução civil, sobre “parâmetros” para a apuração do dano causado ao erário somente será impositiva ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas quando essa diligência, à luz do princípio da indisponibilidade do poder investigatório do Ministério Público e da independência funcional de seus membros, revelar-se indispensável à apuração dos fatos e se inserir nos contornos constitucionais da atuação do Tribunal de Contas;
- m) do artigo 17-C, § 2º da Lei 8.429/92;
- n) artigo 17-D da Lei 8.429/92;
- o) artigo 21, § 4º, da Lei 8.429/92;
- p) artigo 23, caput, §§4º e 5º, da Lei 8.429/92. Alternativamente, especificamente em relação ao §5º, seja dada interpretação conforme a CF/88, para o fim de conferir a interpretação no sentido de que a prescrição intercorrente prevista no § 5º somente opera se houver inércia do autor da ação, pelo prazo ali previsto. e exclusivamente quanto ao § 5º, interpretação conforme;
- q) artigo 23-C da Lei 8.429/92.

Termos em que,

Pede deferimento.

Brasília, 02 de maio de 2022.

  
**MÁRLON JACINTO REIS**  
OAB/DF 52.226  
OAB/MA 4285

  
**RAFAEL MARTINS  
ESTORILIO**  
OAB/DF 47.624  
OAB/MA 21.041-A  
OAB/TO 10.111 - A

**ANA LETÍCIA  
NEPOMUCENO LÉDA**  
OAB/MA 11.377

**BRUNA SANTOS  
ANDRADE**  
OAB/DF 67.147

**CAIO MAX MIRANDA  
SILVA**  
OAB/MA 18.887

**CARLOS EDUARDO  
SILVA RODRIGUES**  
OAB/MA 23.392

**CLARICE SILVA ABREU**  
OAB/DF 54.330

**FREDERICO  
NEPOMUCENO LÉDA**  
OAB/MA 17.693

**HIDALGO JOSÉ  
NEPOMUCENO LÉDA**  
OAB/MA 12.802

**MATHEUS SALES DE  
OLIVEIRA LOPES**  
OAB/TO 9.737

**JAMIR JOSÉ  
MENALI**  
OAB/SP 47.283