

Lei n. 14.230/2021: um retrocesso inconstitucional no combate à improbidade administrativa^[1]

Luciane Goulart de Oliveira

Procuradora da República. Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Rodrigo Felipe Rossetto

Defensor Público Federal. Especialista em Direito Público pela Universidade Candido Mendes (UCAM) e em Direitos Humanos pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

Resumo: Ao cumprir o mandado constitucional expresso de repressão às condutas desonestas praticadas por agentes públicos contra a Administração Pública, a Lei n. 8.429/1992 definiu as condutas configuradoras de atos de improbidade administrativa, estabeleceu as sanções cabíveis e dispôs sobre algumas regras procedimentais voltadas à persecução processual e extraprocessual de tais ilícitos. Em sede pretoriana, outrossim, construiu-se uma – até então – firme interpretação desse diploma, buscando – na maioria das vezes – promover a máxima efetividade do sistema jurídico de proteção da probidade administrativa. Contudo, grande parte dos avanços legais e jurisprudenciais conquistados ao longo do tempo de vida prática da Lei de Improbidade foi derrubada com o advento da Lei n. 14.230/2021, que, com o anunciado propósito de aperfeiçoar o sistema até então vigente, alterou a Lei n. 8.429/1992, tornando-a, na contramão do progresso esperado na matéria, quase inócua para o propósito ao qual se destina. Nesse diapasão, o presente artigo fará uma rápida análise da natureza constitucional da tutela da probidade para, a seguir, apontar algumas das principais alterações realizadas pelo novo diploma que impuseram, ao fim e ao cabo, inaceitável retrocesso inconstitucional ao sistema de proteção da moralidade administrativa.

Palavras-chave: direito administrativo; improbidade administrativa; proteção insuficiente; inconstitucionalidade.

Sumário: 1 A base constitucional da tutela da probidade administrativa e o direito fundamental à proteção suficiente. 2 A inconstitucionalidade da exigência de “dolo específico” e da exclusão da responsabilização por culpa. 3 A inconstitucionalidade da exigência de “perda patrimonial efetiva e comprovada”. 4 A inconstitucionalidade da restrição do rol de condutas de improbidade administrativa que violem os princípios administrativos. 5 A inconstitucionalidade da proibição de contratar restrita ao âmbito do ente lesado. 6 A inconstitucionalidade da restrição do cabimento da cautelar de indisponibilidade exclusivamente para o ressarcimento do dano causado ao erário. 7 A inconstitucionalidade da alteração da ordem preferencial da penhora. 8 A inconstitucionalidade da exclusão dos entes lesados do rol de legitimados para a propositura da ação cabível. 9 Cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que rejeitar preliminares suscitadas pelo réu. 10 Regra da tipicidade única (art. 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F). 11 Eliminação da solidariedade da obrigação de reparar os danos (art. 17-C, § 2º). 12 Conclusão.

1 A base constitucional da tutela da probidade administrativa e o direito fundamental à proteção suficiente

O constituinte originário assentou, no art. 37 da Constituição Federal, como não poderia deixar de ser em uma República, a exigência de se proteger o patrimônio público contra condutas praticadas por agentes que, investidos em parcela de poder decorrente de função pública, deixem de observar os deveres que emanam dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. Tais princípios foram elencados no *caput* do referido dispositivo, cabendo aqui destacar os princípios da *legalidade*, da *impressoalidade* e da *moralidade*. A propósito ponderam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 98):

Especificamente em relação aos princípios regentes da atividade estatal, é importante lembrar que estão eles inseridos, em profusão, no texto constitucional. Este fato, longe de representar mera constatação da força legitimante da Constituição, por ocupar ela o ápice da pirâmide normativa, torna cogente que aos princípios sejam conferidas a imperatividade e a normatividade inerentes a todo e qualquer comando contido na norma fundamental.

Da natureza cogente desses princípios constitucionais emana o dever imposto a todo agente público de atuar em estrita conformidade com

os mandamentos da lei e as exigências do bem comum, de forma honesta e subserviente aos preceitos éticos mínimos institucionais e buscando sempre a plena realização do interesse público, sem favoritismos ou perseguições pessoais (MEIRELLES, 2007, p. 89-93).

Esse rol fundamental de princípios que conforma a tutela constitucional da probidade na Administração Pública faz parte do patrimônio público em seu aspecto moral, direito fundamental e difuso ao governo honesto (PLATES, 2011) ou “direito fundamental à probidade administrativa” (SANTOS, 2012) pertencente a toda a coletividade, que impõe ao Estado e aos seus agentes, em homenagem aos princípios democrático e republicano, não apenas o dever de respeito, mas também o dever de promover a tutela adequada e suficiente. Nesse sentido, cumpre citar o ensinamento da subprocuradora-geral da República Mônica Nicida Garcia (2006), *in verbis*:

Numa acepção mais ampla, porém, patrimônio público é o conjunto de bens e direitos que pertence a todos e não a um determinado indivíduo ou entidade. De acordo com essa visão, o patrimônio público é um direito difuso, um direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas pelo fato de serem cidadãos, serem o povo, para o qual o Estado e a Administração existem. Nesse sentido, o patrimônio público não tem um titular individualizado ou individualizável – seja ele ente da administração ou ente privado –, sendo, antes, de todos, de toda a sociedade.

[...]

O patrimônio moral é composto pelos princípios éticos que regem a atividade pública, sintetizados no princípio da moralidade, consagrado no artigo 37 da Constituição. A atuação segundo o princípio da moralidade, por parte de todos os agentes públicos, garante a observância de um padrão de atuação dentro da moral, da boa-fé, da lealdade e da honestidade, essencial ao bom e correto funcionamento da administração pública.

Sendo o patrimônio público pertencente a todos – a todo o povo – a todos cabe por ele zelar, preservando-o e defendendo-o.

[...]

O patrimônio público, portanto, a todos pertence, e por todos – sociedade, entes da Administração Pública e Ministério Público – deve ser

preservado, protegido e defendido, na medida em que só assim haverá condições materiais para que se construa uma sociedade livre, justa e solidária, para que se garanta o desenvolvimento nacional, para que se erradiquem a pobreza e a marginalização, para que se reduzam as desigualdades sociais e regionais, e para que seja promovido o bem de todos, como manda a Constituição da República (art. 3º).

O procurador da República José Rubens Plates (2011) destaca, inclusive com base em precedente do Supremo Tribunal Federal (STF), a natureza fundamental do direito em exame (grifo nosso):

O direito ao governo honesto, por visar, também, à tutela da liberdade e da dignidade humana, pode ser catalogado como direito fundamental, a atrair todo o seu regime privilegiado de proteção (cláusula pétrea, dimensão objetiva, eficácia irradiante, proibição da proteção deficiente etc.).

[...]

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. *O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo – traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27141 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 22.2.2008. **DJe** 27 fev. 2008).

Tais princípios compõem o conteúdo mínimo da proteção constitucional da probidade administrativa e devem ser considerados na sua definição. Nesse sentido são as lições de Pedro Decomain (2007, p. 110):

Se a Constituição utiliza o termo “ato de improbidade administrativa”, transformando a improbidade em conceito constitucional, importante que se tente delimitá-lo.

[...]

O conceito de improbidade, todavia, pode ter alcance mais amplo, abrangendo não apenas atos atentatórios ao princípio constitucional da moralidade administrativa, como *também outros atos que, embora eventualmente não se os reconheça violadores de tal princípio, não obstante agredem outros dentre os norteadores da Administração*

Pública, também relacionados pelo art. 37, caput, da Constituição Federal. Ademais, a improbidade pode surgir mesmo em situações nas quais não se verifique prejuízo patrimonial para a Administração.

O elenco dos princípios pelos quais se deve reger toda ação administrativa, constante do mencionado artigo da Constituição Federal, compreende efetivamente não só o da moralidade, como também os da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência.

[...]

Em tese, pois, violações a qualquer dos princípios balizadores da atuação dos agentes do Estado são assimiláveis ao conceito de improbidade administrativa. (Grifo nosso).

Importante mencionar que não é a mera violação a qualquer um dos princípios elencados, inclusive ao da legalidade, que poderia atribuir ao ato a pecha de ímprobo, pois cediço que a conduta deve ser impulsionada pelo propósito desonesto, desleal, ínsito ao princípio da moralidade. Assim seguem novamente as lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 110):

Não obstante o extenso rol de princípios, expressos ou implícitos, que norteiam a atividade do agente público, entendemos que merecem maior realce os princípios da legalidade e da moralidade. Aquele condensa os comandos normativos que traçam as diretrizes da atuação estatal; este aglutina as características do bom administrador, do agente probó, cuja atividade encontra-se sempre direcionada à consecução do interesse comum. Da conjunção dos dois extrai-se o alicerce quase que integral do princípio da probidade, o qual deflui da observância das regras e princípios próprios do sistema. (Grifo nosso).

Em consequência desse panorama, aliás, é que se convencionou denominar a improbidade como uma ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo do agente caracterizado pelo agir desonesto, “[...] denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida”.^[2]

O constituinte, ainda, não tratou apenas de traçar o conteúdo mínimo da tutela da probidade administrativa, pois, ao redigir o art. 37, § 4º, da Constituição, impôs ao legislador a obrigação de sancionar os atos de improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos,

a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, a despeito da restrita margem de discricionariedade deixada para o legislador estabelecer – apenas e tão somente – a graduação das sanções cabíveis (art. 37, § 4º, CRFB). Não houve, forçoso reconhecer, discricionariedade acerca da natureza das sanções.

Presentes, portanto, o direito fundamental à probidade administrativa e o dever expresso de punição de condutas violadoras desse conteúdo ético mínimo exigível de todo e qualquer agente público.

Desse modo, não apenas seria inconstitucional a ausência de previsão no plano infraconstitucional dos instrumentos adequados e efetivos para promover o sancionamento dos atos de improbidade, como também o é o enfraquecimento, ainda que por meio legislativo, dos instrumentos já concebidos para a satisfação desse mister constitucional.

O princípio da vedação da proteção insuficiente é reconhecido e tem ampla aplicação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como expressão do princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva, ou seja, que impõe um dever de proteção ótima do direito. Nesse sentido (grifos nossos):

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS 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 PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um 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 normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como 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 mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o 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 (Überrmassverbot) 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 [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2. Turma]. HC 104410 RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 6.3.2012. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico **DJe** 062, divulg. 26 mar. 2012, public. 27 mar. 2012).

Para além da vedação da proteção insuficiente, importa trazer a lume o princípio da vedação do retrocesso ou eficácia vedativa do retrocesso dos direitos fundamentais, o qual, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 380),

[...] pressupõe que esses princípios [constitucionais] sejam concretizados através de normas infraconstitucionais [...] e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, esse princípio impede o legislador de retroceder no grau de concretização dos direitos fundamentais já atingido pela progressiva proteção legislativa.

Tal princípio vem sendo reiteradamente aplicado pelo STF, embora com mais frequência em relação ao direito fundamental ao meio ambiente:^[3]

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012. CONVERSÃO NA LEI N. 12.678/2012. INÉPCIA DA INICIAL E PREJUÍZO DA AÇÃO QUANTO AOS ARTS. 6º E 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012 E AO ART. 20 DA LEI N. 12.678/2012. POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA NORMATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA PROCEDENTE, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. 1. Este Supremo Tribunal manifestou-se pela possibilidade e análise dos requisitos constitucionais para a edição de medida provisória após a sua conversão em lei. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal admite, em caráter excepcional, a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória quando se comprove abuso da competência normativa do Chefe do Executivo, pela ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência. Na espécie, na exposição de motivos da medida provisória não se demonstrou, de forma suficiente, os requisitos constitucionais de urgência do caso. 3. As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República. 4. As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. ADI 4717, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 5.4.2018. Processo Eletrônico **DJe** 031, divulg. 14 fev. 2019, public. 15 fev. 2019).

Comentando essa decisão com enfoque sobre ambos os princípios consignados, ponderam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2019):

Ainda nessa quadra preliminar, sabe-se que por força dos seus deveres de proteção (e não apenas em matéria ambiental!) as ações (e omissões) dos atores estatais aqui, na perspectiva do controle judicial, do Estado-Legislador e do Estado-Administrador, devem situar-se, no

âmbito do que se convencionou designar de uma dupla face (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre a proibição de excesso de intervenção, por um lado, e a proibição de insuficiência de proteção, por outro.

Posto de outra forma, se, por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tal direito, sob pena de incorrer em violação à ordem jurídico-constitucional.

A decisão do STF, ao aplicar o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental utilizou como parâmetro o critério da violação ao núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente. Da mesma forma, a Corte deixou claro não se tratar de princípio absoluto com o propósito de “engessar” a ação legislativa e administrativa, reconhecendo-se, assim, a existência de margem de discricionariedade das autoridades públicas em matéria ambiental. No entanto, a margem de discricionariedade está fortemente amarrada tanto a aspectos “formais” (como disposto no art. 225, § 1º, III) quanto “materiais” (como o núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente) ditados pela própria CF/1988 e que limitam a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na seara ecológica. É importante pontuar sobre o tema que a abrangência dada ao princípio da proibição de retrocesso pelo STF não se limita à sua tradicional vertente social, como alguns poderiam pressupor na leitura apenas da ementa do julgado. Da mesma forma, a compreensão do referido princípio pela nossa Corte Constitucional também implica o reconhecimento do correlato dever de progressividade em matéria ambiental. A decisão do STF, assim, coloca-se em perfeito alinhamento com a recente consagração tanto do princípio da vedação de retrocesso quanto do dever de progressividade em matéria ambiental consagrados expressamente no artigo 3, c, do Acordo de Escazú (2018), revelando, por assim dizer, o necessário “diálogo de fontes normativas” na temática ecológica.

[...]

O princípio da proibição de retrocesso ecológico e dever (do Estado e dos particulares) de melhoria progressiva da qualidade ambiental também se revela com o objetivo, por uma questão de justiça entre

gerações humanas ou intergeracional, de estabelecer e encarregar (moral e juridicamente) à geração presente a responsabilidade de deixar, como legado às gerações futuras, pelo menos condições ambientais idênticas (*status quo ante*) àquelas recebidas das gerações passadas, estando a geração vivente, portanto, vedada a alterar em termos negativos (“para pior”) as condições ecológicas.

Importa, ainda, consignar que o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (a Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, comprometendo-se a “a) *Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção*”; e a “c) *Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos*” (artigo 1º; grifos nossos).

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), por sua vez, o Brasil está obrigado a “[...] promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção [...]”; e a “[...] assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício [...]”, nos termos do artigo II da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002.

Em suma, atingido um nível ótimo de proteção do direito fundamental em cumprimento ao mandado constitucional, não é possível ao legislador promover modificações legislativas que rebaixem o nível de proteção já conquistado, sob pena de se caracterizar a inconstitucionalidade material da norma, como também, presente a inconveniência da medida legislativa, dar azo à responsabilização do País perante a ordem internacional. Não obstante, o indesejado retrocesso ocorreu com o advento da Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021.

As alterações promovidas na Lei n. 8.429/1992 pela mencionada lei importaram, como um todo, um retrocesso inaceitável ao sistema pátrio de proteção da moralidade administrativa e de combate à corrupção, tornando insuficiente (senão inexistente em diversos aspectos) a possibilidade de repressão a atos desse jaez e, portanto, inconstitucionais e inconvenientes algumas das principais alterações realizadas no texto legal.

2 A inconstitucionalidade da exigência de “dolo específico” e da exclusão da responsabilização por culpa

O elemento do dolo específico na configuração de ato de improbidade administrativa, em contrariedade ao posicionamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), dificulta e até pode inviabilizar a prova do elemento subjetivo na improbidade, em clara violação ao art. 37, § 4º, da CF, bem como ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente positiva, da proteção suficiente.

Segundo essa nova regra, para ser viável a ação de improbidade administrativa, exige-se do autor da ação um esforço hercúleo ou desproporcional no sentido de provar, e já no início da demanda, que o agente público de fato queria o resultado.

Ocorre que o administrador deve agir de acordo com a lei, observando fielmente princípios que norteiam a Administração Pública presentes em toda a Carta Magna, mormente no seu art. 37. Aqui cabe lembrar a máxima de que ao particular é dado fazer tudo que não está vedado em lei, enquanto ao administrador e ao agente público é devido agir de acordo com a lei (leia-se: conforme todas as normas que regem a Administração).

O máximo de liberdade outorgada ao administrador reside na avaliação do juízo de conveniência e oportunidade para a prática de certos atos, no exercício do denominado “poder discricionário”, ainda assim nos estreitos limites definidos pelas regras e princípios aplicáveis à espécie e sempre buscando o atendimento aos interesses da coletividade (CARVALHO FILHO, 2017, p. 53). Hely Lopes Meirelles (2007, p. 122), a propósito, consigna que “mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa”.

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 382) pondera, *in verbis*:

[...] a discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto,

segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Dessa forma, a jurisprudência tem caminhado há muitos anos no sentido de que a discricionariedade do administrador público é sempre uma discricionariedade vinculada aos princípios que regem a Administração Pública.

Como então exigir que para a responsabilização desse administrador seja necessário provar que ele queria o resultado? Exemplificando, em um caso simples de improbidade em licitação de obra pública em que houve a queda de uma ponte, será preciso provar que o agente público queria o resultado, ou bastará provar que ele não agiu de acordo com as normas que regem a Administração Pública e que teve o elemento subjetivo configurado conforme já estava pacificado na jurisprudência?

A previsão ofende o princípio da proporcionalidade, na medida em que o sistema de improbidade administrativa, previsto no art. 37, § 4º, da Constituição, não pode criar limitações excessivas na tipificação do comportamento subjetivo que impliquem uma intolerável inefetividade da tutela jurídica que o dispositivo quer resguardar.

Ademais, os tribunais superiores já haviam assentado que para a responsabilização por improbidade administrativa bastava a demonstração do dolo genérico ou da culpa grave (esta, no caso do art. 10), a ponto de o conflito entre esse entendimento e as disposições da nova lei ter sido destacado entre os fundamentos para o reconhecimento da repercussão geral no Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989 – de relatoria do ministro Alexandre de Moraes –, no qual se espera o afastamento definitivo do retrocesso imposto pela alteração legislativa.

3 A inconstitucionalidade da exigência de “perda patrimonial efetiva e comprovada”

Essa alteração consta do art. 10, *caput* e inciso VII, do texto alterado. Reiterando todos os fundamentos já explicitados quanto à tutela da probidade administrativa e da vedação de retrocesso, cabe repetir que o intuito do constituinte sempre foi o de sancionar o ato de improbidade violador dos princípios da Administração Pública motivado pelo propósito desonesto, independentemente de qualquer prejuízo patrimonial

causado. Interpretação diversa demonstra evidente afronta ao art. 37, § 4º, da CF e à proteção suficiente, nos termos já descritos.

A propósito, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que há situações em que o dano causado será presumido e, portanto, não passível de demonstração concreta:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA DA EMPRESA CONTRATADA. PROVA DO PREJUÍZO. DANO IN RE IPSA. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, INACUMULATIVIDADE DE PENAS E IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO QUE FOI RECEBIDO CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO. DISCUSSÃO DOS TEMAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de improbidade para pleitear, também, o ressarcimento do erário. Súmula 329/STJ e Precedentes. 2. Evidenciado no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-processuais descritas pelo Tribunal de origem, a culpa por parte da empresa contratada sem licitação, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12, II, do mesmo diploma. Precedentes. 3. *A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema.* Precedentes da Segunda Turma. 4. Carecem de prequestionamento dos temas jurídicos relativos às alegações de necessidade de prévio procedimento administrativo, de inacumulatividade de determinadas penas e de impossibilidade de restituição integral de todos os valores recebidos, incidindo, no caso, a Súmula 320/STJ. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [2. Turma]. REsp 817921 SP 2006/0026590-0. Relator: Min. Castro Meira. Data de Julgamento: 27.11.2012. Data de Publicação: **DJe** 6 dez. 2012. Grifos nossos).

4 A inconstitucionalidade da restrição do rol de condutas de improbidade administrativa que violem os princípios administrativos

A supressão da expressão “qualquer” poderá levar à interpretação de que o novo dispositivo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa

(LIA), com redação dada pela Lei n. 14.230/2021, contém um rol taxativo. Tal interpretação é inconstitucional, por violação ao princípio da proporcionalidade, proteção insuficiente, e por vedação ao retrocesso, conforme já exposto.

Ainda que se analisem de forma mais restritiva as condutas originalmente previstas nos incisos I, II, IX e X da Lei n. 8.429/1992, revogados pela Lei n. 14.230/2021, não deixaram de ser condutas ímprobas tipificadas em lei, no âmbito do sistema de responsabilidade de improbidade administrativa, considerando que, para as referidas hipóteses, está presente a continuidade normativa típica, encontrando-se todas passíveis de enquadramento como violação dos “deveres de honestidade, legalidade e imparcialidade”, em abuso de função pública, conforme o art. 11, *caput* e § 1º, da LIA, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021.

De qualquer forma, a redução do rol de condutas importa evidente retrocesso inconstitucional, mormente porque, como exposto na fundamentação, o intuito do constituinte sempre foi o de sancionar o ato de improbidade violador dos princípios da Administração Pública motivado pelo propósito desonesto, independentemente de qualquer prejuízo patrimonial causado.

5 A inconstitucionalidade da proibição de contratar restrita ao âmbito do ente lesado

O art. 12, § 4º, restringiu de forma descabida a proibição de contratar exclusivamente com o ente lesado. A previsão é inconstitucional, pois o que objetiva o instituto é a reparação de violações graves ao bem jurídico tutelado (honestidade, legalidade e imparcialidade), conforme o art. 37, § 4º, da CF, e as normas da LIA possuem a função de prevenção, tutela e sanção de comportamentos graves ofensivos à probidade.

A ofensa a esses bens, justamente pelo caráter imaterial, jamais ficará restrita à divisão espacial e organizacional do Estado. Com efeito, a Administração Pública abrange todos os entes (art. 41 do Código Civil), devendo a sanção ser aplicada de forma geral, como previa a redação original da lei.

6 A inconstitucionalidade da restrição do cabimento da cautelar de indisponibilidade exclusivamente para ressarcimento do dano causado ao erário

Ao vedar a inclusão do valor da multa civil ou acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita (art. 16, § 10), a lei padece de evidente inconstitucionalidade, por violação do devido processo legal e do art. 37, § 4º, da CF, mormente porque é a própria Constituição Federal que impõe a indisponibilidade de bens para a garantia da plena efetivação das medidas perseguidas pelo processo. A previsão, ao contrário, privilegia a prática fraudulenta, protegendo o patrimônio do agente ímprobo em detrimento do interesse público.

A natureza da multa civil possui caráter sancionatório e pedagógico, em razão do dano moral sofrido pela Administração Pública com a prática dos atos ilícitos ímprobos praticados, tanto que sua dosimetria ocorre nos limites do art. 12 da Lei 8.429/1992, sendo aplicável a cada réu individualmente e na medida das suas culpabilidades. Assim, a medida cautelar deve abranger todo o patrimônio necessário para garantir o pagamento da multa civil a ser cominada, assim como de valores havidos por enriquecimento ilícito.

7 A inconstitucionalidade da alteração da ordem preferencial para penhora

Com base nos mesmos fundamentos explicitados inicialmente, fica evidenciada a inconstitucionalidade, ainda, do rol preferencial indicado pela Lei n. 14.230/2021, pois afronta diretamente o princípio da razoabilidade e proporcionalidade (este último, na esfera da vedação à proteção insuficiente), notadamente ao tratar o bloqueio de contas bancárias como última hipótese admissível. Além disso, a ordem estabelecida também contraria aquela estabelecida pelo Código de Processo Civil (art. 835) – que, diga-se, foi o rito elegido pelo legislador para amparar o novo *modus operandi* da ação de improbidade administrativa.

8 A inconstitucionalidade da exclusão dos entes lesados do rol de legitimados para a propositura da ação cabível

A inconstitucionalidade deste tópico se verifica pelo estímulo à proteção ineficiente, contrariamente ao princípio da proporcionalidade. O ente lesado, justamente por ter sofrido qualquer dos atos ímprobos elencados em lei, é o que possui maior interesse, e, muitas vezes, melhores condições, na condução da demanda, além de deter conhecimento mais aprofundado do liame fático e subjetivo que gerou o prejuízo de que se pretende a reparação. Inviável, portanto, a concentração da titularidade no âmbito do Ministério Público, pela impossibilidade de este órgão fazer frente aos interesses das demais entidades com semelhante rigor fático e probatório, em evidente descompasso com a vedação da proteção insuficiente, já comentada.

Além disso, é de se pensar que a legitimidade *ad causam*, como requisito para a apreciação do mérito da ação, deve ser examinada *in statu assertionis*, isto é, no momento da propositura da demanda. Assim, as ações em curso estão regulares, e, caso afastada a inconstitucionalidade ora apontada, no máximo, deverá ser admitida, nos termos do art. 3º da Lei n. 14.230/2021, uma legitimidade concorrente do Ministério Público.

Ao que parece, essa última é a tese que vem se firmando no Supremo Tribunal Federal. Em decisão monocrática proferida *ad referendum* do plenário nos autos da ADI 7043, o ministro Alexandre de Moraes, relator, atribuiu interpretação conforme a Constituição ao *caput* e aos §§ 6º-A, 10-C e 14 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, para reconhecer a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa. A decisão ainda não foi apreciada pelo plenário; contudo, até que isso ocorra, estão suspensos os efeitos do art. 3º da Lei n. 14.230/2021.

9 Cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que rejeitar preliminares suscitadas pelo réu

Com base nos mesmos fundamentos citados no item 1 deste artigo, sustenta-se a inconstitucionalidade do novo § 9º-A do art. 17 da LIA,

inserido pela Lei n. 14.230/2021, também por violar o princípio do devido processo legal substantivo. Inexiste justificativa razoável para a disciplina diferenciada do agravo de instrumento prevista no Código de Processo Civil, tendo em vista a decisão interlocutória contemplada na nova lei.

10 Regra da tipicidade única (art. 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F)

Juntamente com a questão do dolo específico, parece-nos ser esta uma das alterações mais prejudiciais trazidas pela nova lei. De acordo com a nova regra, o autor da ação de improbidade deverá vincular cada fato, obrigatoriamente, a um tipo previsto nos arts. 9º, 10 e 11 da lei; assim, também o juízo, no saneamento do feito, deverá indicar com precisão a tipificação do ato de improbidade.

Do exame atento da lei, percebe-se que as regras impostas nos parágrafos citados, que preveem a chamada tipicidade única, são inconstitucionais. Violam toda a normativa de proteção da probidade administrativa bem como representam ofensa ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), além da desobediência à independência funcional do Poder Judiciário (art. 2º, CF/88), na medida em que não cabe ao legislador interferir no livre exercício de convencimento do juízo, especialmente em sede de cognição exauriente, como pretendido pelo novel normativo.

Ressalte-se ainda que, mesmo no Direito Penal, cabem os institutos da *mutatio* e da *emendatio libelli*, conforme os quais é possível, mesmo no curso do processo, mudar a capitulação jurídica do ilícito, assegurada a ampla defesa. Tais institutos são legítimos e válidos, porquanto seguem a máxima de que o acusado se defende dos fatos e não da tipicidade imposta.

11 Eliminação da solidariedade da obrigação de reparar os danos (art. 17-C, § 2º)

A vedação da solidariedade, previamente, em lei, se traduz em afronta à razoabilidade e à proporcionalidade, especialmente sob a ótica da moralidade administrativa e da isonomia, axiomas elevados a nível

constitucional (art. 37, § 4º, e art. 5º, *caput*), ao obstar, sem um fundamento legítimo e sem alternativa adequada, a reparação integral dos danos causados em concurso de agentes ou em benefício de terceiros.

12 Conclusão

O presente estudo decorreu de debates e trabalhos em gabinete, dos quais se instaurou nos autores deste artigo a perplexidade diante da gravidade do retrocesso trazido pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, sem que houvesse qualquer tempo de *vacatio legis*. Assim, inúmeros operadores do Direito têm tido de se debater com grandes questões postas, sem que tenha havido tempo de debate ou absorção desses temas.

Parece-nos evidente, nos termos expostos, que a Lei de Improbidade n. 8.429, de 2 de junho de 1992, representou grande avanço na garantia dos princípios da Administração Pública, dando concretude ao previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Conforme largamente exposto no item primeiro, é possível extrair do texto constitucional o direito fundamental ao governo honesto ou direito fundamental à probidade administrativa; e a Lei n. 14.230/2021, ao trazer alterações que mitigam de forma extrema a tutela da probidade, ou mesmo a inviabilizam muitas vezes, em diversos pontos, expostos nos demais itens deste artigo, representou verdadeiro retrocesso inconstitucional, por proteção insuficiente.

Sinaliza-se que o tema é por demais recente, mas já há sinais de que o Supremo Tribunal Federal poderá dar respostas efetivas às inconstitucionalidades trazidas pela Lei n. 14.230/2021. Nesse aspecto, cabe destaque às decisões já proferidas no STF, conforme a seguir.

- ADIs 7042 e 7043: liminar deferida pelo ministro Alexandre de Moraes para definir que, além do Ministério Público, as pessoas jurídicas interessadas têm legitimidade para propor ação por ato de improbidade administrativa.
- ARE 843.989: afetado como tema representativo de repercussão geral (1.199), a fim de dirimir a controvérsia sobre a (ir)retroatividade das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021, em especial, 1) a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no

art. 10 da LIA; e 2) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Finalmente, enquanto membro e servidor do Ministério Público Federal, acreditamos que as alterações representaram grave retrocesso à tutela da probidade administrativa e que o reconhecimento das inconstitucionalidades deve ser postulado perante o Poder Judiciário, inclusive com o cuidado de que haja o devido questionamento, nos termos da Súmula n. 282^[4] do Supremo Tribunal Federal, para que sejam examinados de forma explícita os arts. 3º, 5º, *caput* e inciso LIV, e 37, *caput* e § 4º, da Constituição Federal.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Mônica Nicida. Patrimônio público. In: ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Dicionário de direitos humanos**. Brasília: ESMPU, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PLATES, José Rubens. Direito fundamental ao governo honesto. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 10, n. 36, p. 79-100, edição especial 2011. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-36-edicao-especial-2011/direito-fundamental-ao-governo-honesto>. Acesso em: 17 mar. 2022.

SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html. Acesso em: 17 mar. 2022.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. O Supremo Tribunal Federal e a proibição do retrocesso ecológico. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 28 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-28/direitos-fundamentais-supremo-tribunal-federal-proibicao-retrocesso-ecologico>. Acesso em: 17 mar. 2022.

Notas

- [1] Considerando a data em que foi produzido, o presente artigo desconsidera as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em torno da Nova Lei de Improbidade Administrativa. Por um dever de informação e de lealdade com o leitor, sugere-se que a leitura deste texto seja cotejada com as teses fixadas pela Suprema Corte no Tema 1.199 de Repercussão Geral.
- [2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.177.910-SE. Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 26.8.2015, **DJe** 17 fev. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=015768>. Acesso em: 22 set. 2022.
- [3] *Ubi eadem ratio ibi idem jus*: o mesmo fundamento (ambos são direitos fundamentais), a mesma solução jurídica.
- [4] “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”