

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal

Renato de Lima Castro*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. Breves considerações do Regime de Probidade Administrativa na Constituição Federal. 3. Princípio da Segurança Jurídica. 4. Princípio da Proibição de Retrocesso. 5. Princípio da Proporcionalidade por Proteção Deficiente. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este estudo destina-se a uma breve abordagem das alterações do artigo 11, da Lei n.º 8.429/92, por intermédio da redação dada pela Lei n.º 14.230/2021. Para cumprir tal mister, faz-se uma investigação do tratamento da probidade administrativa na Constituição Federal, assim como dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário acerca do tema. Em seguida, realiza-se uma análise crítica acerca da compatibilidade ou não das alterações normativas propostas pelo novo diploma legal frente aos princípios da segurança jurídica, proibição de retrocesso e proporcionalidade, na perspectiva da proteção deficiente. Ao final, apresentam-se as conclusões do estudo proposto.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Artigo 11 da Lei n.º 8.429/92. Alteração dada pela Lei n.º 14.320/2021. Compatibilidade com a Constituição Federal. Princípios Fundamentais.

1. Aspectos introdutórios

A Lei n.º 14.230/2021, com vigência a partir de 26 de outubro de 2021 (data da sua publicação), promoveu importantes alterações na Lei n.º 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em razão da prática de atos de improbidade administrativa, tratados no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

* Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduado em Direito Penal e Econômico e Europeu. Promotor de Justiça do Estado do Paraná. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio e no Combate à Improbidade Administrativa – Núcleo Londrina.

As normas contidas na citada lei modificaram, de maneira quantitativa e qualitativa, o sistema jurídico de proteção da probidade administrativa até então vigente. A alteração trouxe, em grande parte, preceitos normativos que minimizaram e retrocederam no combate à malversação do dinheiro público no País.

Embora a nova legislação contenha regras de direito material e processual que permitem amplo e irrestrito campo para infundáveis debates doutrinários e jurisprudenciais, almeja-se, nas linhas a seguir desenvolvidas, realizar uma breve abordagem da alteração do artigo 11, *caput*, da antiga pela n.º 8429/92, com a nova redação dada pela Lei n.º 14.230/2021, e sua correspondente compatibilidade ou não com a Constituição Federal.

Para cumprir esse desiderato, será realizada breve abordagem da probidade e moralidade administrativa na Constituição Federal para, em seguida, efetivar-se o cotejo da alteração legislativa do artigo 11, da Lei n.º 8429/92, com a redação dada pela Lei n.º 14.230/21, frente aos princípios e regras constitucionais. No último tópico, serão expostas as conclusões do estudo proposto.

2. Breves considerações do Regime de Probidade Administrativa na Constituição Federal

O artigo 1º, da Constituição Federal, estabelece um conjunto de fundamentos em que se assenta a República Federativa do Brasil, entre os quais têm proeminência o resguardo da dignidade da pessoa humana.

Em seu artigo 3º, elenca alguns objetivos fundamentais dos “poderes” da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), que são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I); garantia do desenvolvimento nacional (II); erradicação da pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III); promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminação (IV).

Além de uma gama de princípios individuais e sociais exaustivamente delineados nos artigos 5º e 6º, ambos da Constituição Federal, também não se excluiu o resguardo dos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

Para que União, Estados, Municípios e Distrito Federal pudessem cumprir, cada qual no âmbito de suas determinações constitucionais, com as prestações públicas fundamentais garantidas nos artigos 5º e 6º, ambos da Constituição Federal, acometeram-se inúmeros instrumentos de controle da gestão pública (“v.g.”, ação popular; Tribunais de Contas; Ministério Público etc.) e deveres de fiscalização, interna e externa, dos comportamentos ímprobos de agentes públicos e políticos de cada ente federado.

Sendo o exercício do poder político uma das mais elementares e indispensáveis consagrações de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal vedou sua cassação, salvo nas restritas hipóteses de perda ou de suspensão, em que se dará,

entre outras, com a prática do ato de improbidade administrativa (artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal).

No artigo 23, delimitou-se a competência comum dos entes Federados. Entre elas, consta o dever de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e de conservar o patrimônio público.

No artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, determinou-se que a Administração Pública Direta ou Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além de inúmeros instrumentos jurídicos de contenção e limite de atuação do agente público expressamente consagrados no texto constitucional, bem como nas competências e atribuições estabelecidas na Constituição Federal para salvaguarda do patrimônio público, também nela se delineou o ato de improbidade administrativa, cominando, de forma expressa, algumas sanções a que estariam submetidos os agentes ímprobos e desonestos, tais como a suspensão de direitos políticos, perda das funções públicas e indisponibilidade de bens, além do necessário dever de ressarcimento ao erário, nos termos do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

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

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

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

Esse conjunto normativo coerente e sistematizado advindo da Constituição Federal, consubstanciam em verdadeiras balizas materiais que limitam o poder constituinte derivado e, ao mesmo tempo, estabelecem claros e precisos comandos de atuação dos órgãos jurisdicionais, no exercício do controle concentrado ou difuso da constitucionalidade, destinado a cumprir a força normativa da Constituição Federal:

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade do poder, mas também a vontade de Constituição¹.

Atento aos comandos constitucionais, o legislador ordinário criou a Lei n.º 8.429/92, denominada Lei Improbidade Administrativa, que vigeu por aproximadamente 20 anos.

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

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

Esse breve e superficial panorama a respeito do tratamento da probidade administrativa na Constituição Federal não foi destituído de propósito. Em verdade, almeja-se questionar se, em decorrência desse tratamento da probidade administrativa na Constituição Federal, haveria ampla liberdade ao legislador ordinário de atuar em sua função primária legiferante, ou se, ao contrário, subsistem limites materiais a que o legislador ordinário está submetido, sobretudo à vista de um conjunto de valores resguardados pela Constituição Federal que confere ao cidadão um direito público subjetivo a uma administração pública proba e honesta, destinada instrumentalmente à consecução das prestações públicas fundamentais garantidas e resguardadas no texto constitucional (“e.g.” saúde, moradia, educação, lazer)².

¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

² PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada*. Leme-SP: Mizuno, 2022, p. 32.

Portanto, as ponderações a seguir expostas, que serão apresentadas em tópicos, destinam-se a indagar se referida alteração legislativa (artigo 11, da antiga Lei nº 8.429/92), é ou não compatível com a gama de princípios expressa e implicitamente garantidos na Constituição Federal, que forjam o regime jurídico-constitucional da probidade e moralidade administrativa.

3. Princípio da Segurança Jurídica

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

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

É um lugar comum de nossa /cultura ocidental a percepção de que a segurança jurídica não se confunde com a situação fática (um lugar seguro, um sentir-se seguro), mas é antes um complexo normativo de exigências: a exigência de durabilidade das normas, da anterioridade das leis, e de sua irretroatividade, na igualdade da lei e perante a lei, em suma, de instituições estatais dotadas de competência delimitada, sujeita ao princípio da legalidade³.

Nesse viés doutrinário, a segurança jurídica é permeada por um complexo normativo de exigências, que exigem leis duradouras, irretroativas e, em última análise, leis que garantam a igualdade da lei e perante a lei⁴.

Portanto, não se reputa segura normativamente a pretensão de revogação de um *standard* comportamental doloso de agentes públicos que, no exercício de suas funções, violaram os princípios regentes da administração pública, entre os quais a moralidade, legalidade, eficiência e publicidade, revogação esta sucedida pela novel legislação por hipóteses taxativas e que não abarcam um grande número de ações

³ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. O direito, entre o futuro e o passado. São Paulo: Ed. Noeses, 2014, p. 115.

⁴ Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, invoca alguns fundamentos que compõem a figura da segurança jurídica, como a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade. Para o autor, que trata do tema em obra específica, a segurança jurídica pode ser analisada como um fato, como valor e como princípio. Como fato, corresponderia à realidade passível de constatação; como valor, o estado ideal do ordenamento jurídico; como norma-princípio, dotada de generalidade muito superior à da regra, sendo exercida como verdadeiro mandado de otimização, nos termos utilizados por Alexy. Assim, a segurança jurídica, pela tríplice dimensão que lhe é conferida, deve estar presente em todo e qualquer ato estatal e nas relações jurídicas entre particulares e entre estes e o Estado, para que o Direito, em sua integralidade, reflita tal sensação de segurança e rechace qualquer forma de instabilidade que possa prejudicar o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

ou omissões de agentes públicos capazes de macular os princípios da Administração Pública, conforme exige o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Claro que o artigo 11, da Lei revogada, sempre foi um tipo de injusto subsidiário, em que condutas que não se amoldavam no artigo 9º (atos de improbidade que geram enriquecimento ilícito) ou artigo 10 (atos de improbidade que causam lesão ao erário), ambos da Lei n.º 8429/92, pudessem ser subsumidos ao “soldado de reserva” de que travava o artigo 11.

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

Portanto, a prevalecer a referida alteração normativa, a conduta do agente público poderá configurar ilícito penal (nas situações exemplificadas), mas não adequará a nenhum tipo de injusto ímprobo, por falta de um tipo ímprobo subsidiário. Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico, a exemplo do que ocorria quando até então se permitia o uso de instrumentos de consensualidade em matéria criminal, mas se se refutava a aplicação de semelhante técnica no direito administrativo sancionador⁵.

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

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

4. Princípio da Proibição de Retrocesso

Embora se confira ao legislador infraconstitucional ampla liberdade para criar os comandos normativos que julgar conveniente e adequado, é certo que esta

⁵ GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro*: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

liberdade não é ilimitada, muito menos arbitrária. No Estado de Direito constitucional, a supremacia da Constituição Federal, assim como os direitos nela embasados e conquistados, constituem verdadeiras limitações materiais ao exercício da atividade legislativa.

Conforme lecionam Vladimir Brega Filho e Taís Caroline Pinto:

[...] diversos documentos normativos preveem expressamente a impossibilidade do retrocesso na garantia e salvaguarda dos direitos fundamentais, também chamada de cláusula de proibição do retrocesso, podendo-se destacar o pacto internacional sobre Direitos Civil e Políticos (art. 5º, §§ 1º e 2º) e o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais⁶.

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

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

Adverte Eduardo Cambi que a cláusula de proibição do retrocesso social: “Está ligada à proteção dos direitos fundamentais e econômicos, sociais e culturais. Serve para limitar a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio do legislador, a fim que se evite a destruição do mínimo de garantias necessárias à realização desses direitos fundamentais⁸.”

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

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

⁶ FILHO, Vladimir Brega; PINTO, Taís Caroline. *O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4>. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁷ FILHO, Vladimir Brega; PINTO, Taís Caroline. *O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4>. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 228.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

princípios da imparcialidade, legalidade e moralidade, comportamentos estes que estão muito longe de proteger adequadamente o bem jurídico resguardado pela Constituição Federal.

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

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

Há, sem qualquer dúvida, um movimento sistematizado e organizado de combate aos atos de corrupção e de improbidade administrativa, em todas as modernas legislações do mundo. A Convenção de Mérida⁹, sem dúvida, é um desses instrumentos internacionais.

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

Referida Convenção objetiva (artigo 1º):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Princípio da Proporcionalidade por Proteção Deficiente

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

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

Fala-se, portanto, da concepção do princípio da proporcionalidade como dimensão da proteção deficiente, ao se reconhecer “um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, - mesmo os de matriz liberal -, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Esse dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela¹⁰”.

Daniel Sarmento aponta os critérios fundamentais para a operacionalização do princípio da proporcionalidade por proteção deficiente, a serem utilizados nas hipóteses em que o Estado se abstém, total ou parcialmente, de proteger um direito fundamental ou objetivos de envergadura constitucionais.

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

Se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo Constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)¹¹.

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

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

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

Em seguida, há que se analisar se existiam outros meios menos gravosos para proteção desses bens jurídicos de *status* constitucional. Neste segundo aspecto, sua violação não é menos evidente, já que malfadada alteração normativa minimizou

¹⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 482.

¹¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

e reduziu sobremaneira o espectro de proteção da norma, na forma existente na legislação revogada (Lei n.º 8.429/92).

Por último, há que perscrutar se as alterações legislativas favoreceram ou compensaram o bem jurídico protegido. Esta resposta, por igual, é negativa, exatamente porque as modificações foram extremamente nocivas e podem dar ensejo a uma variada gama de atos de corrupção pública que foram (e ainda são) energicamente repelidos pela Constituição Federal.

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

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

Enfatiza-se que o Supremo Tribunal Federal já adotou, em várias oportunidades, o princípio da proporcionalidade por proteção deficiente, em ordem a legitimar a sua incidência como forma de contenção e limitação do arbítrio legislativo¹².

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

[...] discutia eventual extinção da punibilidade em crime de estupro praticado contra menor impúbere, que posteriormente passara a conviver maritalmente com o autor do ilícito. Foi rejeitada no caso a aplicação analógica do dispositivo penal que prevê a extinção da punibilidade nos crimes sexuais pelo casamento do criminoso com a sua vítima. No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, aludiu-se a ideia de garantismo positivo, que obrigaria ao Estado a não se abster de punir condutas altamente reprováveis, que atentassem gravemente contra bens jurídicos relevantes, como aquela ocorrida no caso. De acordo com o voto, se o garantismo negativo pode ser associado à proporcionalidade na sua faceta mais tradicional, de vedação do excesso, o garantismo positivo poderia ser conectado à proporcionalidade como proibição de proteção deficiente¹³.

¹² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

¹³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

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

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

6. Conclusão

As alterações do artigo 11, da Lei n.º 8.429/92 por intermédio da Lei n.º 14.320/2021 são inconstitucionais (artigo 1º, inciso III; artigo 3º, inciso I; artigo 5º, inciso XXXVI; artigo 5º, parágrafo 2º; artigo 23, *caput*; e art. 37, *caput*, todos da Constituição Federal; artigo 29, do Pacto de São José da Costa Rica; e artigo 65, da Convenção de Mérida), porque violam a:

- segurança jurídica, que deve conferir estabilidade às relações sociais e à regulação do direito, já que a ausência de um tipo de injusto subsidiário e violador dos princípios regentes da administração pública gera vácuo legislativo, não se prevendo infundáveis comportamentos passíveis de violações dos valores fundamentais da administração pública;

- vedação de retrocesso, porque a alteração promovida pelo artigo 11 do novo diploma (Lei n.º 14.230/2021), revogou a letra e o princípio fundamental do tipo subsidiário previsto na lei revogada (artigo 11, da Lei n.º 8429/92), o que importa no significativo retrocesso na proteção dos bens jurídicos da moralidade e probidade na administração pública, o que se incompatibiliza, a um só tempo, com os ditames constitucionais e com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (Convenção de Mérida);

- a proporcionalidade por proteção deficiente, pois, ao se prever hipóteses comportamentais taxativas de agentes públicos que possam violar os princípios regentes da administração pública, é indubitoso que se protege de forma deficiente os bens jurídicos tutelados pelo tipo de injusto e, por conseguinte, ofende-se diretamente a Constituição Federal, por não se resguardar de forma adequada a probidade administrativa amalgamada no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Referências bibliográficas

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Ed. Noeses, 2014.

FILHO, Vladimir Brega; PINTO, Taís Caroline. *O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4>. Acesso em: 08 dez. 2021.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, Porto Alegre, vol. 12, nº 141, p. 542-595, set./2017.

HUMBERTO, Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

KONRAD, Hesse. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

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

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

Londrina, 15 de dezembro de 2021.