

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

NEWTON CESAR PILAU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Raymundo Juliano Feitosa; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-723-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com satisfação, apresentamos a publicação que sistematiza os trabalhos apresentados no GT DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II no bojo da programação do Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em junho de 2023. Reunindo pesquisadoras e pesquisadores das diversas regiões brasileiras, representativas de distintas Instituições de Ensino Superior e programas de pós-graduação acadêmicos e profissionais da área do Direito, o GT foi um ambiente apropriado para a apresentação, sistematização e discussão de ideias, proposições e modelagens de experiências exitosas voltadas a pensar e qualificar intervenções e práticas voltadas ao redesenho de espaços, a efetividade das políticas de governança e ao estudo dos impactos da gestão pública no desenvolvimento humano sustentável.

Nos anais que agora apresentamos, a comunidade encontrará abordagens sobre contratos públicos municipais acima do valor de mercado e a responsabilidade do gestor público municipal, asseverando sobre a importância da transparência dos contratos.

Ainda, textos sobre a Administração pública e o interesse público no contexto da quarta revolução industrial, com destaque aos instrumentos necessários para a satisfação do interesse público e para o aumento da eficiência, da transparência, da fiscalização, da participação social e do tratamento isonômico na prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Destaque, ainda, sobre a repercussão da lei nº. 14.230/2021 na proteção jurídica do meio ambiente em face de atos de improbidade administrativa, com realce à legislação brasileira e seus mecanismos de proteção contra atos violadores de improbidade administrativa na esfera ambiental.

Temas como a responsabilização do servidor público face à lei geral de proteção de dados, Due diligence como política pública anticorrupção e sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela administração pública também foram contemplados e amplamente debatidos.

Ademais, importantes artigos sobre a inconveniência da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa; a importância (ou não) de políticas públicas inseridas na nova lei de licitações; sobre a lei complementar 168/2022 e a movimentação por

conveniência da disciplina no estatuto dos militares do estado de Minas Gerais; sobre Direitos fundamentais na era da “big data”; ainda sobre o novo marco do saneamento básico e sua regulamentação estadual e versando sobre a família em relação com o estado e o interesse público em casos de remoção.

Progressivamente, o GT tem contribuído para além da difusão das pesquisas realizadas. A sua relevância para qualificação de práticas e intervenções é inquestionável. Cumpre a pesquisa jurídica todos os seus escopos (social, político e científico) assim; cumpre a Universidade sua função sociopolítica de fomentar o pensamento crítico voltado a melhorar a qualidade de vida e o trato estatal a problemas públicos complexos.

Convidamos todas e todos à leitura!Recebam nosso abraço fraterno!

Prof. Dr. Newton César Pilau

Universidade Vale do Itajaí, SC

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

Universidade Católica de Pernambuco, PE

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma, MA; e Universidade de Salamanca, Espanha

A INCONVENCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE UNCONVENTIONALITY OF THE INTERCURRENT TERM OF THE LAW NUMBER 14.230/21

Fernando Rocha de Andrade ¹

Resumo

A Lei número 14.230/2021 alterou o sistema de combate aos atos de improbidade administrativa brasileiro, trazendo entre outras profundas modificações, uma nova regulação da prescrição da pretensão condenatória por atos ímprobos. Dentre as alterações vicejadas, de forma inédita, foi admitido o cômputo pela metade da prescrição da pretensão condenatória entre marcos interruptivos taxativamente elencados, inaugurando a intercorrência prescricional na ação civil por atos de improbidade administrativa. O presente texto tem como objetivo aferir a compatibilidade constitucional das novas regras de prescrição intercorrente incluídas pela Lei Federal 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa, considerando especialmente sua conformação com 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 de dezembro de 2003, bem como com as disposições constitucionais que tutelam a probidade administrativa. Pretende, portanto, o escrito aferir e identificar se a nova sistemática da lei número 14.230/21 se conforma e se compatibiliza com as normas constitucionais e convencionais sobre a matéria.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, Prescrição, Intercorrente, Convenção, Mérida

Abstract/Resumen/Résumé

Law number 14. 230/2021 changed the system to combat acts of Brazilian administrative impropriety, bringing among other profound modifications, a new regulation of the term of the condemnatory claim for improbable acts. Among the changes tabled, in an unprecedented way, it was admitted the calculation by half of the term of the condemnatory claim between interruptive term exhaustively listed, inaugurating the intercurrent of prescription in the civil action for acts of administrative impropriety. This text aims to assess the constitutional compatibility of the new rules of intercurrent term included by Federal Law 14.230/2021, which amended the Administrative Improbability Law, especially considering its conformity with the United Nations Convention against Corruption, adopted by the United Nations General Assembly on October 31, 2003 and signed by Brazil on December 9, 2003, as well

¹ Especialista em Direito Penal Econômico, Mestrando em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Procurador da República.

as with the constitutional provisions that protect administrative probity. Therefore, the writing intends to assess and identify whether the new system of law number 14.230/21 conforms and is compatible with the constitutional and conventional norms on the matter.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative, Dishonesty, Term, Intercurrent, Convention, Merida

1.Introdução.

A Constituição Federal, enquanto vértice do ordenamento jurídico, dotada de centralidade e supremacia formal e material, não pode ser contrariada pelo disposto em lei infraconstitucional. Consoante JUAREZ FREITAS (2010, p. 153), tomando como referencial teórico a concepção tópico-sistemática, a identidade sistêmica do Direito depende essencialmente do pressuposto de uma hierarquização axiológica capaz de tornar inválidos preceitos inferiores incompatíveis com os valores constitucionais relevantes. A coerência do sistema normativo exige, dessa forma, a observância da compatibilidade de sentidos entre as normas que o compõe, tendo como paradigma conformador a necessidade de que as normas constitucionais tenham primazia sobre as normas infraconstitucionais, seja no aspecto formal, seja no seu cariz material. As disposições normativas devem ser lidas em consonância com os preceitos da Constituição, segundo suas normas, regras, princípios, institutos e valores. A concepção de uma hierarquia axiológica, segundo JUAREZ FREITAS (2010. 154), tem a vantagem de provocar a coerência valorativa, evitar a crença exacerbada da completez fechada e autossuficiente do sistema, resguardar a função harmonizadora da interpretação sistemática e, principalmente, permitir o papel decisivo da interpretação ponderada, excluindo o mito da excessiva e imoderada autonomia do texto. A esse respeito, no mesmo sentido BARROSO (2006, p.47):

“Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a

Constituição: a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI); b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”

De fato, a Constituição da República conferiu um tratamento superlativo ao princípio da probidade administrativa, do qual defluem regras de elevada importância, a exemplo do art. 5º, LXXIII, que confere a qualquer cidadão a legitimidade para propor ação popular que vise anular ato lesivo à moralidade administrativa e do art. 14, § 9º, que assevera que lei complementar estabelecerá outras hipóteses de inelegibilidade, além das expressamente previstas no texto constitucional, a fim de proteger, entre outros valores, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. O art. 15, por sua vez, estatui ser vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão somente será admitida nas estritas hipóteses ali insculpidas, entre as quais a prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, do próprio texto constitucional. Ainda, a ofensa à probidade administrativa é de tal sorte grave que se encontra expressamente prevista como hipótese de crime de responsabilidade, um dos fundamentos hábeis a ensejar o impedimento do presidente da República (art. 85, V, da CF/88). Como ponto culminante, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, estabelece os princípios basilares da Administração Pública, consagrando expressamente o princípio da moralidade e, adiante, ordena que os atos de improbidade administrativa importarão em sanções gravíssimas, proporcionais à gravidade desses ilícitos cuja prática o constituinte buscou dissuadir, nos seguintes termos:

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.

Cuidando-se da Lei Fundamental da República, cada palavra há de merecer a máxima atenção e efetividade do intérprete. A quantidade e a relevância dos dispositivos constitucionais dispensados à matéria refletem a ênfase não meramente simbólica que o legislador constitucional devotou aos valores da moralidade e da probidade administrativa, sendo lícito concluir que mesmo entre os preceitos constitucionais atinentes ao Estado brasileiro, a moralidade e a probidade avultam em relevância, constituindo o cerne do complexo principiológico atinente à Administração Pública. É sobre esse cariz que o Supremo Tribunal Federal assentou a existência de verdadeiro direito fundamental ao governo honesto:

“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. (...). Nenhum membro de qualquer instituição da República está acima da Constituição, nem pode pretender-se excluído da crítica social ou do alcance da fiscalização da coletividade’ (STF – MC em MS nº 24.458DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 18.02.2003 – DJU 21.02.2003, p. 58 – Informativo STF 298)

Nesse senda, a Lei n. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) foi editada para conformar o comando constitucional expresso (art. 37, § 4º) e, em homenagem ao princípio constitucional da probidade/moralidade administrativa, sendo um dos principais instrumentos normativos para a consecução dos princípios constitucionais em comento, bem como para a responsabilização de agentes públicos que praticam atos ímprobos, e

responsabilidade, como se sabe, é característica fundamental de um regime republicano, no qual ninguém está acima da lei – *rule of the law*. A toda evidência, o mandamento constitucional impõe, delimita, condiciona e ordena ao legislador infraconstitucional um proceder em certo sentido e direção. Ao mencionar no art. 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa importarão nas consequências ali referidas, não se está diante de mera alternativa, senão de uma imposição constitucional de um agir determinado, do qual o legislador ordinário não pode se afastar, por ação ou por omissão. Mais do que isso, cumpre ao legislador concretizar o preceito constitucional, criando e aperfeiçoando os instrumentos processuais necessários à consecução da vontade constitucional. O legislador dispõe de ampla discricionariedade, todavia, o poder de legislar não é absoluto, pois, de há muito, os modernos estados constitucionais abandonaram o dogma da supremacia do Parlamento em favor da supremacia da Constituição, que é base da ideia de controle de constitucionalidade (*judicial review*). Destarte, sabe-se que o legislador não pode fazer tábula rasa do preceito constitucional, sob pena de nulidade da lei editada. A experiência histórica demonstrou que maiorias parlamentares de ocasião foram capazes de endossar arbítrios inomináveis e comprovou, a duras penas, que a ideia de uma Constituição suprema e que se coloque, por vezes, como óbice ao próprio princípio majoritário é conquista civilizatória indeclinável¹. Em breves palavras, contra a Constituição norma alguma pode prosperar.

2. Sistema de prescrição inaugurado pela Lei 14.230/2021.

A Lei 14.230/21, que promoveu profundas alterações na LIA no regime aplicável às ações por improbidade, modificou o sistema prescricional, nos seguintes moldes:

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:

¹ SARMENTO, Daniel. A Dignidade Pessoa Humana, 3.ª edição, 2022, p. 103.

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

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

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

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

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

(...)

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

As novas normas inseridas na LIA pela Lei n. 14.230/2021 determinam a unificação dos prazos prescricionais em oito anos, conferem nova disciplina ao marco inicial de contagem de prazos, estabelecem causas interruptivas e fixam hipótese de prescrição intercorrente, prevendo contagem de prazo pela metade – quatro anos, tendo como marco inicial as hipóteses interruptivas declinadas no texto, § 4º, incisos I a V.

A seu turno, a Lei de Introdução às Normas jurídicas, em seu art. 20, impõe que ao se decidir com base em valores jurídicos abstratos, seja necessária a consideração das consequências práticas da decisão. Para tanto se faz necessário observar quais consequências a lei n. 14.230/2021 pode gerar ao trazer um sistema novo de prescrição sobre as ações de improbidade administrativa.

Conforme a publicação intitulada “Lei de Improbidade Administrativa – Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”², o CNJ³ registrou o seguinte:

“As Ações de Improbidade Administrativa constantes na base de dados em dezembro de 2013 somavam, entre ações julgadas, pendentes e novas, o total de 8.183 divididas entre as cinco regiões do país. [...] Com relação ao tempo decorrido (em dias) entre a data de ajuizamento da ação e o julgamento, foi observado a média de 1.548,63 dias (4,24 anos) com um desvio padrão de 8,93 dias. Foi realizada ainda análise comparativa entre o tempo decorrido entre a data de ajuizamento da ação e o julgamento, comparando-se entre as Varas Estaduais e Federais. O tempo médio observado entre a ação e a data do julgamento foi de 1586 dias para na Vara Estadual e de 1361 dias na Vara Federal [...] Em média foi observado que o tempo entre a data do ajuizamento do processo e a data do trânsito em julgado foi de 1.855,83 dias (61,86 meses ou 5,15 anos) com um desvio padrão de 105,19 dias [...]”

De fato, o tempo médio transcorrido entre o ajuizamento de ações de improbidade administrativa e seu julgamento em primeira instância é de 1.548,63 dias (4,24 anos) e o tempo médio de tramitação até o trânsito em julgado é de 1.855,83 dias (61,86 meses ou 5,15 anos). Ora, o prazo de 4 (quatro) anos entre os marcos interruptivos é incompatível com a realidade nacional, o que se dessume de dados oficiais coligidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Não é demais pontuar que nos casos em que a condenação somente venha a ser imposta em segundo grau de jurisdição ou nas Cortes Superiores, o tempo da tramitação e, por conseguinte, do interstício entre os marcos interruptivos, passa a ser bem mais longo e, inevitavelmente, sempre haverá prescrição, caso se considere o lapso reduzido à metade, na modalidade intercorrente. Fica evidente, pois, que o legislador ordinário, ao objetivar racionalizar o sistema prescricional das ações de improbidade administrativa deixou de considerar um dos efeitos práticos de sua admissão, em contraste com o que orienta o art. 20 da LINDB.

² <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/320/1/Justiça%20Pesquisa%20-%20Lei%20de%20Improbidade%20Administrativa.pdf>

³ “A pesquisa teve por objetivo a investigação empírica projetada no contexto prático - jurídico da temática nuclear realizada por meio do diagnóstico das causas e efeitos decorrentes da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa e consequentes obstáculos à plena eficácia do combate aos atos de improbidade.”

Esses dados permitem concluir que a norma em referência, ao prever o limite de 4 (quatro) anos para a realização de toda a instrução processual e exame de mérito, contraria drasticamente o princípio da proporcionalidade e do devido processo legal substantivo, na dimensão de proibição de proteção insuficiente dos bens jurídicos (art. 5º, inciso LIV, CF), e da duração razoável do processo, sob a perspectiva da necessidade de assegurar tempo razoável para a resposta estatal em demandas dessa natureza (art. 5º, LXXVIII, CF).

Por esta razão, se deve compreender que a redução à metade desse prazo prescricional, no curso do processo, gera como consequência o tratamento desigual, levando-se em conta a tutela dos interesses da coletividade. Em contraste, pois, com o que orienta o art. 20, *caput*, da LINDB, desprezou o efeito prático de tutela do patrimônio público ao prever a lei a prescrição intercorrente de quatro anos. É que, se, de um lado, o réu de uma ação por improbidade administrativa tem inquestionável direito à duração razoável do processo – direito a obter, num prazo razoável, resposta do Estado em face de uma persecução que contra si se inicia –, por outro lado, a sociedade, representada pelo Ministério Público ou entidade lesionada, também tem o direito ao funcionamento do Estado, em suas diversas facetas, de forma adequada, no sentido de dar resposta eficaz e oportuna, promovendo-se a responsabilidade na esfera da persecução por improbidade administrativa, bem assim a efetividade do processo. Assim, a norma termina por favorecer aqueles que melhor se organizam para praticar atos de improbidade de maior monta e sofisticação, em comparação com os que praticaram atos ilícitos mais simples e menos lesivos à Administração Pública. Isso porque quanto mais organizado for o empreendimento ímprobo, maior dificuldade e, portanto, mais tempo será a persecução judicial capaz de enfrentá-la. A experiência revela que os desvios mais vultosos de recursos públicos exigem a participação de mais autores, e sua responsabilização, por conseguinte, demanda mais tempo não só para desvelar a trama ilícita, como para concluir a instrução processual, por conta da necessidade inalienável de se resguardar a ampla defesa e o devido processo legal de acusados. Não é por acaso que no âmbito do Direito Penal, quanto mais grave é o crime maior o tempo da prescrição. A legislação ora em riste, para além de favorecer os mais corruptos, estimulando a prática de atos mais lesivos e complexos com participação de mais agentes, terá como efeito imediato punir mais severamente justamente os atos menos lesivos e complexos, conduzindo os mais ímprobos o benefício da prescrição intercorrente. Há, nesse aspecto, ofensa ao direito fundamental à tutela do patrimônio público, à isonomia e à inafastabilidade da jurisdição.

O novel preceito legal, por outro lado, se revela incompatível com os fundamentos constitucionais de acesso à jurisdição que tem o direito de ação como instrumento vestibular de garantia de seu exercício. De fato, o direito de ação, previsto na Constituição Federal e em diversas convenções internacionais que o Brasil é signatário, reflete o direito fundamental a receber da jurisdição uma resposta eficaz à ameaça ou efetiva lesão a um direito. Qualquer norma infraconstitucional que, de alguma forma, arbata, limite ou tolha o exercício a esse direito é incompatível com a Constituição Federal. Isso porque o direito de ação é reputado ao mesmo tempo um direito e uma garantia fundamental, posto que se presta a servir de instrumento capaz de proteger todos os demais direitos. A inafastabilidade jurisdicional não se exaure e nem se confunde com o direito ao mero ajuizamento da ação, mas se desdobra no direito a obter do Estado-juiz a tutela necessária e adequada do direito lesionado ou ameaçado. A inoculação surpreendente e com possível eficácia retroativa de um prazo exíguo, fatal e extintivo para o julgamento do mérito da ação já movida, que visa proteger o patrimônio público, importa claramente em ofensa ao princípio da inafastabilidade jurisdicional, exatamente porque tolhe ao autor o direito inalienável a receber uma tutela jurisdicional adequada e eficaz. Não se trata de subordinar o direito individual à razoável duração do processo a um interesse estatal ou a um metafísico interesse da coletividade. O direito individual à razoável duração do processo, no caso, colide com um direito público subjetivo e fundamental a uma Administração Pública íntegra, imantada pelos princípios da moralidade e da probidade administrativa, direito do qual são titulares todos os cidadãos brasileiros, por força de preceito constitucional plasmado no art. 37, *caput* e § 4º, do texto maior. E, diga-se ainda, que a razoável duração do processo é conceito jurídico indeterminado, que exige adequação ao caso concreto, razão pela qual se conclui que o prazo razoável para apreciação de casos mais simples é certamente menor do que o prazo razoável para apreciação de casos mais graves. Nesse sentido, a unificação de prazos empreendida pela Lei depõe contra a própria noção de razoável duração do processo, ao tratar igualmente casos desiguais, em manifesta afronta ao conceito de isonomia, entendimento que está em linha com jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, §2º E §3º, DA LEI 12.850/2013), ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006) E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 1º, §1º, II, E ART. 2º, I, E §4º, DA LEI 12.683/2012). PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a razoável duração do processo deve ser aferida à luz das particularidades do caso concreto, levando-se em consideração, por exemplo, o número de réus, a quantidade de testemunhas a serem inquiridas, a necessidade de expedição de cartas precatórias, a natureza e a complexidade dos delitos imputados, assim como a atuação das partes (HC 154.651 AgR/GO, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 27/06/2018; HC 158.054/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 20/06/2018; HC 131.855/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 12/06/2018; HC 146.343 AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 15/05/2018 e HC 151.912 AgR/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 10/05/2018). 2. Com efeito, a pluralidade de réus (36 denunciados), a quantidade de testemunhas (13 arroladas pela acusação e 176 pela defesa) e a complexidade da causa (sofisticada organização criminosa voltada para a distribuição de drogas e armas) são fatores que não podem ser ignorados nesse exame de regularidade do desenvolvimento do processo (cf. HC 154.651-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/6/2018; HC 158.054, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 20/6/2018; HC 131.855, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 12/6/2018; HC 146.343-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 15/5/2018 e HC 151.912-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 10/5/2018). 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.(HC 202842 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 19-08-2021 PUBLIC 20-08-2021)

Exatamente por isso, aliás, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31.1.2006, estabelece, no art. 29, que *“Cada Estado Parte estabelecerá, quando proceder, de acordo com sua legislação interna, um prazo de prescrição amplo para iniciar processos por quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção e estabelecerá um prazo maior ou interromperá a prescrição quando o presumido delinqüente tenha evadido da administração da justiça.”*

Sobre a importância do sistema internacional de combate à corrupção que o Estado brasileiro é integrante, impõe destacar que o STF, no julgamento do RE 349.703/RS, entendeu que, para que os tratados sobre direitos humanos ingressassem no ordenamento jurídico interno como equivalente às emendas constitucionais, se faz necessário a aprovação qualificada do Congresso Nacional, nos termos do § 3º do art. 5º da CF. Quanto aos tratados internacionais sobre direitos humanos que não observem essa regra, o status a eles atribuídos é de supralegalidade. Pela importância superlativa conferida ao tema probidade administrativa pela Constituição Federal, não resta dúvida que a moralidade administrativa é um direito fundamental do homem e, portanto, deve-se compreender que os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e que versem sobre essa matéria, ingressam no ordenamento interno com status de supralegalidade. E, em razão dessa natureza peculiar, tais convenções têm o condão de revogar a legislação anterior se com eles incompatíveis, vinculam o legislador de forma permanente - até que ocorra a denúncia do tratado, a par de servirem de parâmetro interpretativo da lei.

Ressai, de forma evidente, o descompasso entre a prescrição intercorrente com o prazo reduzido à metade e a diretriz superlativa convencional acima destacada, que aponta para o estabelecimento de prazo razoável para o adequado e eficaz funcionamento do Sistema de Justiça. Considerando o status supralegal daquela norma⁴, cabe identificar também, na hipótese presente, a incompatibilidade convencional do art. 23, § 5º e 8º, da NLIA com o vetor normativo superior constante da citada Convenção. A redução do prazo prescricional pela metade, de forma desproporcional, inviabiliza os fins preconizados na Convenção de Mérida, da qual o Brasil é signatário, estabelecendo-se uma duração irrazoável do processo, para menos, mormente se considerar a cadeia recursal existente no sistema processual brasileiro e a necessidade inalienável de garantir ao direito à ampla defesa dos réus nessas ações. A propósito, BALLAN JÚNIOR e ARAÚJO VIANA (2022, p 419):

“O diploma legislativo internacional ratificado pelo Brasil prevê que cada Estado Parte estabeleça, em sua lei interna, prazo prescricional amplo. A Lei nº 14.230/2021 fez exatamente o oposto, restringindo o prazo e fixando-o abaixo do tempo médio de tramitação dos processos. Esclareça-se que, embora o art. 29 da Convenção fale em "delitos" e em "delinquente", não se

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, 14ª edição. 2022, p. 323.

trata de norma que fixa deveres unicamente na órbita criminal. Ao contrário, o texto convencional reconhece "Os princípios fundamentais do devido processo nos processos penais e nos procedimentos civis ou administrativos sobre direitos de propriedade da mesma forma, estabelece como dever de cada Estado Parte adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas (art.12.1)"

De fato, o art. 65.2 da Convenção de Mérida estabelece que "Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção". Ao contrário, em razão da novel lei, o Estado brasileiro tornou, ao menos nesse aspecto, a tutela da probidade administrativa menos efetiva. Dessa forma, seja no cotejo constitucional ou convencional, o art. 23, § 5º e 8º, da Lei n. 8.429/1992, em sua nova redação, se revela incompatível com a sistemática de tutela de probidade administrativa. Interpretando ao art. 65.2 da Convenção de Mérida com o art. 20, da LINDB, alcança-se a inevitável conclusão de ser vedado ao legislador edificar barreiras práticas capazes de diminuir ou neutralizar a tutela da probidade administrativa no país. Ao contrário, o que se observa a partir da criação da prescrição intercorrente, exclusivamente nas ações de improbidade administrativa aliás⁵, é uma evidente barreira da persecução do patrimônio público, em descompasso com os deveres internacionais assumidos pelo Estado brasileiro.

A desproporcionalidade desse diminuto e uniforme prazo de quatro anos para todas as ações por improbidade administrativa resultará, sem sombra de dúvidas, na prescrição dos ilícitos mais graves, porquanto a intuição provada pela experiência demonstra que os casos mais graves e que causam maiores lesões ao erário são justamente aqueles dotados de maior complexidade instrutória e que, como apontado acima, demandam mais tempo para sua apreciação jurisdicional. A inovação legislativa revela-se desarrazoada e desproporcional do ponto de vista da tutela do direito fundamental ao governo honesto e à boa administração pública, reduzindo a proteção constitucional conferida à moralidade/probidade administrativa

⁵ Afora a prescrição intercorrente prevista nas ações de execução, não existe no âmbito do processo civil brasileiro outras hipóteses de prescrição intercorrente nas ações de conhecimento.

a níveis inferiores ao mínimo aceitável, violando o núcleo intangível de tais normas constitucionais. Ademais, em virtude do quadro sistêmico de fragilidade do combate à corrupção inaugurado pelas alterações legislativas promovidas na LIA, constata-se que a proteção dispensada pelo Estado ao regime democrático e à efetivação dos princípios da probidade e moralidade administrativas se encontra em um patamar deficitário, porque, certamente, não corresponde aos estágios mínimos de proteção constitucionalmente desejados. Trata-se de evidente superveniência de proteção deficiente à tutela da probidade administrativa. Sobre o tema importa destacar Lênio Luiz Streck (2005, p.180):

“Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.^{6”}

O princípio da vedação da proteção deficiente também é amplamente acolhido pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos, conforme é exemplo o excerto abaixo:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. 1. O art. 310, II, do CPP, vigente à época dos fatos e ainda plenamente em vigor, impõe ao magistrado a conversão da prisão em

⁶STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180.

flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Incidência do princípio do tempus regit actum (art. 2º do CPP). Precedentes. 2. A prisão em flagrante pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, por acusado multireincidente, pode ser convertida pelo magistrado, de ofício, desde que demonstrados os pressupostos do art. 312 do CPP. 3. O princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal (art. 5º, XXXV, e art. 144 da CF/88). 4. O Juiz tem o dever de atuar, inclusive pelo seu papel de guardião dos direitos da próxima vítima. Do contrário, uma distração do órgão acusatório ou da autoridade policial tornaria compulsório o relaxamento da custódia mesmo em face de casos extremamente graves. Nada do que seja absurdo pode ser razoável interpretação do direito. 5. Agravo interno a que se nega provimento.

(ARE 1320606 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 30/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 17-09-2021 PUBLIC 20-09-2021).

Logo, é dever do Estado, inclusive na condição de legislador, proporcionar os meios necessários para proteção adequada de valores caros à sociedade brasileira como o são o regime democrático, a probidade e a moralidade da Administração. Repise-se, nesse contexto, que a limitação temporal imposta pela nova legislação para o desfecho das ações de improbidade administrativa ocasiona um contexto de proteção deficiente dos direitos e interesses públicos e de violação do princípio republicano e, de toda sorte, não se mostra adequada à concretização da garantia da razoável duração do processo. A possibilidade de o princípio da proibição de proteção deficiente funcionar como fundamento de inconstitucionalidade de uma norma jurídica foi afirmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, conforme se pode observar no julgamento a respeito da constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias, (ADI n° 3510):

“O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”.

Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas de embrião humano. O art. 5º da Lei n.º 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio da responsabilidade.⁷

Em matéria de Direito Penal, tema que mais se assemelha ao Direito Administrativo sancionador, a Suprema Corte tem aplicado o princípio em discussão para julgar constitucional a existência de crimes de perigo abstrato, tais como aqueles descritos nos tipos que trata a Lei n.º 10.826/2003:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDOTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. 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 PENAIAS. 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

⁷ BRASIL. Ação declaratória de constitucionalidade 3510. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. Publicado no DOU de 30 de maio de 2005.

(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.

(HC 104410, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)

Dessa forma, à luz do Sistema Brasileiro Anticorrupção que abrange a especial proteção conferida à tutela da probidade pela Constituição Federal e as Convenções Internacionais contra a Corrupção, internalizadas no Direito brasileiro (OCDE, OEA e ONU), a previsão legal inaugurada pela Lei 14.230/2021 é inconveniente e inconstitucional. Não resta dúvida, pois, que o efeito prático de estímulo à impunidade desses ilícitos, em desconformidade com o que orienta o art. 20, da LINDB, macula a racionalidade do novo sistema de prescrição das ações de improbidade administrativa.

3. Conclusão.

A lei 14.230/2021 edificou, de forma inédita no país, a hipótese de prescrição intercorrente nas ações de conhecimento cíveis por atos lesivos à probidade administrativa. Os marcos interruptivos da nova lei reduzem à metade o tempo da persecução judicial dos atos de improbidade administrativa, tendo como efeito prático o julgamento improcedente da demanda caso não julgado em quatro anos. A experiência tem revelado que quanto mais complexos, nocivos e sofisticados forem os atos de improbidade administrativa, mais tempo é necessário para o julgamento judicial.

O Conselho Nacional de Justiça estimou que o tempo médio transcorrido entre o ajuizamento de ações de improbidade administrativa e seu julgamento em primeira instância é superior a quatro anos. A aplicação da nova sistemática tem o efeito prático de embaraço da tutela da probidade administrativa, em descompasso com o que determina as convenções internacionais que orientam o Estado brasileiro a ampliar a persecução dos atos de improbidade administrativa.

A inovação legislativa revela-se desarrazoada e desproporcional do ponto de vista da tutela do direito fundamental ao governo honesto e à boa administração pública, reduzindo a proteção constitucional conferida à probidade administrativa a níveis inferiores ao mínimo aceitável, violando o núcleo intangível de tais normas constitucionais. A inoculação surpreendente de um prazo exíguo, fatal e extintivo para o julgamento do mérito da ação já movida, que visa proteger o patrimônio público, importa em ofensa ao princípio da inafastabilidade jurisdicional porque tolhe ao autor o direito inalienável a receber uma tutela jurisdicional adequada e eficaz.

A redução do prazo prescricional pela metade, de forma desproporcional, inviabiliza os fins preconizados na Convenção de Mérida, da qual o Brasil é signatário, estabelecendo-se uma duração irrazoável do processo, para menos, especialmente se considerar a plêiade de recursos existente no sistema processual brasileiro e a necessidade inalienável de garantir ao direito à ampla defesa dos réus nessas ações. Por fim, sobre o argumento de otimização do sistema, a previsão da prescrição intercorrente pela lei 14.230/21 desconsiderou o efeito prático nocivo ao interesse coletivo de combate à improbidade administrativa, em descompasso com o que orienta o art. 20, da LINDB.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4ª edição, 2015, Porto Alegre. Livraria do Advogado.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf

BALLAN JUNIOR, Octahydes, CERQUEIRA, Marcelo Malheiros, PAULINO, Galtiênio da Cruz, SCHOUCAIR, João Paulo Santos. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa, Editora JusPodivm, Bahia, 2022.

FREITAS, Juarez. A interpretação Sistemática do Direito, 5.^a edição, São Paulo, Malheiros, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direito Internacional, 14^a edição, Rio de Janeiro, Forense, 2022.

SARMENTO, Daniel. A Dignidade Pessoa Humana, 3.^a edição, Forense, Belo Horizonte, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, n° 97, marco/2005, p.180.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de Direito Constitucional, 10^a edição, Lumin juris, Rio de Janeiro, 2021.