

A PROTEÇÃO DEFICIENTE AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.230/21, NO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Bárbara Amaral da Fonseca

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do
Rio de Janeiro (Unilasalle-RJ). Advogada.

Resumo – A Lei n. 14.230 promoveu significativas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, inclusive no art. 11, passando a conferir um rol de caráter taxativo ao referido dispositivo legal. A partir disso, tais modificações promoveram um verdadeiro afrouxamento no combate à corrupção, de modo que, tratando-se da defesa da higidez da Administração Pública, toda a sociedade é impactada quando a lei passa a exprimir uma postura mais branda. No presente trabalho, visa-se à análise dos contornos constitucionais do tema, com a finalidade precípua de demonstrar a prejudicialidade da nova sistemática vigente. Para tanto, defende-se a inconstitucionalidade da novel redação sob a ótica da proteção deficiente e do retrocesso social, tendo em vista a maculação do direito fundamental à boa administração.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Princípios da Administração Pública. Lei n. 14.230/21.

Sumário – Introdução. 1. O sistema pátrio de proteção à probidade administrativa na Constituição Federal. 2. Análise crítica das modificações promovidas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei n. 14.230/21. 3. A inconstitucionalidade da nova redação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, sob a ótica da proteção deficiente e da vedação ao retrocesso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 8.429/92 trata da responsabilização por atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Contudo, a Lei n. 14.230/21 promoveu uma significativa reforma no tratamento da matéria.

À vista disso, a presente pesquisa científica discute as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21 no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Busca-se evidenciar que tais modificações constituem uma proteção deficiente aos princípios da Administração Pública e ao sistema de probidade administrativa previsto na Constituição Federal, a partir da adoção de um rol taxativo.

Para tanto, abordam-se entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema, com o intuito de discutir se a *novel* legislação confere efetividade aos preceitos constitucionais protetivos da Administração Pública.

O tema possui relevância na medida em que se trata de modificação legislativa recente, a qual traz insegurança jurídica e promove um afrouxamento na política de combate à

corrupção. Ademais, dada a sensibilidade envolvida no tratamento do interesse e do patrimônio público, a abordagem do tema também se justifica sob o prisma social.

Para possibilitar a compreensão e assimilação do tema, pretende-se demonstrar que o constituinte se preocupou em defender a probidade administrativa, o que foi substancialmente violado a partir das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21. Propõe-se, ainda, problematizar a nova redação dada ao artigo 11 da Lei n. 8.429/92 e, a partir do pensamento construído, defender a inconstitucionalidade da *novel* redação do referido artigo, a partir da proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Com o intuito de atingir os objetivos do trabalho, no primeiro capítulo são apresentadas disposições acerca do sistema pátrio de proteção à probidade administrativa na Constituição Federal.

Na sequência, o segundo capítulo aborda uma análise crítica às modificações promovidas pela Lei n. 14.230/21 no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Neste ponto, apresentam-se questões socialmente reprováveis e/ou criminalmente tipificadas que já não se qualificam como atos ímprobos.

No terceiro capítulo, aborda-se a inconstitucionalidade da nova redação dada ao art. 11 da Lei n. 8.429/92, em especial sob a ótica da proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Para alcançar a finalidade pretendida, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, o qual projeta um desfecho viável e adequado acerca do objeto, a partir da utilização de proposições hipotéticas, visando atestá-las de forma fundamentada e argumentativa.

A abordagem do objeto caracteriza-se como qualitativa, com viés descritivo-qualitativo, a partir da adesão de uma pesquisa bibliográfica relativa à temática em foco, com levantamento e fichamento de doutrina, legislação e jurisprudência.

1. O SISTEMA PÁTRIO DE PROTEÇÃO À PROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988¹ surge como um marco no processo de redemocratização do Brasil e, por influência de tal processo de transição democrática, caracteriza-se como uma Carta de caráter analítico. Com isso, ao longo de seus artigos, houve

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em: 07 mar. 2023.

a preocupação de retratar diversos aspectos, de caráter geral ou específicos, além de um extenso rol de direitos fundamentais.

À vista disso, a CRFB/88 aborda particularidades sobre diversos ramos jurídicos, contribuindo para a caracterização do fenômeno da constitucionalização do Direito.

Acerca do tema, Luís Roberto Barroso² preconiza que “à medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante”. Assim, tal circunstância influenciará na atuação dos Poderes estatais, ora de caráter positivo, para alcançar os objetivos previstos pela Constituição, ora de caráter negativo, para que haja um respeito aos limites impostos.

No que tange à influência constitucional no direito administrativo, a Constituição Federal de 1988 discorre, de forma abundante, acerca da Administração Pública.

O Capítulo VII, Seção I, traz disposições gerais da Administração Pública brasileira, elencando, em seu art. 37³, *caput*, o rol delineador do agir do administrador. Originariamente, foram elencados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional n. 19 de 1998⁴, foi acrescido o princípio da eficiência.

Na sistemática atual, além das regras, os princípios também são caracterizados como normas jurídicas. Nesse sentido, Bandeira de Mello nos ensina que os princípios constituem mandamentos nucleares de um sistema, funcionando como seu alicerce e impactando em diferentes normas. Acerca da violação destes, o jurista⁵ prossegue afirmando que:

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra [...]

Historicamente, apesar do momento de perturbação política e social, foi com a Constituição de 1967⁶ que houve uma sinalização mais efetiva para o combate à corrupção. Entretanto, é a Constituição Federal de 1988 que representa um verdadeiro marco no tratamento

²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 342.

³BRASIL. *op cit*, nota 1.

⁴BRASIL. *op cit*, nota 1.

⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 747-748

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.html> Acesso em: 07 mar. 2023.

da improbidade administrativa, sendo o primeiro documento legislativo a utilizar tal expressão, o que ocorreu em seus artigos 15, V, e. 37, §4^o⁷, sendo este mais um traço distintivo da CRFB/88.

No art. 37, §4^o, da CRFB⁸, deu-se destaque à improbidade administrativa, impondo-se que a prática de tais atos acarretará na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Observa-se, portanto, que somente com a Constituição Cidadã é que a improbidade administrativa foi materializada, a partir de disposição que constitui dever expresso de proteção a determinados direitos e valores.

Visando conceituar improbidade administrativa de forma clara e objetiva, Antônio César Leite de Carvalho⁹ sustenta que “é uma prática desonesta que denota mau-caráter e caminha contra a honradez, a boa-fé, a integridade, o bom caráter e a lisura”. Em outras palavras, a improbidade representa uma espécie de corrupção, ficando a Constituição responsável por criar uma forma inovadora de responsabilização por tais atos.

Contudo, para Rita Tourinho¹⁰, deve-se ir além, atentando-se aos valores que norteiam a Administração Pública:

[...] Com efeito, ímprobo não é só o agente desonesto, que se serve da Administração Pública para angariar ou distribuir vantagens em detrimento do interesse público, mas também aquele que atua com menosprezo aos deveres do cargo e aos valores, direitos e bens que lhe são confiados. Seria, também, aquele que demonstra ineficiência intolerável para o exercício de suas funções [...].

Menciona-se que o fato de o constituinte originário ter optado por positivar a Improbidade Administrativa no texto constitucional traduz a relevância do tema, que deixou de ser tratado com exclusividade na seara penal.

Ademais, trata-se de uma decorrência lógica da necessidade de garantir a efetividade aos direitos fundamentais trazidos pela Constituição. Como visto, a CRFB/88 representa um marco no processo de redemocratização, o que ensejou em um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Para tanto, a fim de que seja possibilitada a atuação do administrador, a corrupção deve ser combatida.

⁷BRASIL. *op cit*, nota 1.

⁸BRASIL. *op cit*, nota 1.

⁹CARVALHO, Antônio César Leite. *Lei de improbidade administrativa: um instrumento de combate à corrupção*, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 42.

¹⁰TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade e Controle Principiológico*. 2 ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p.269.

Dessa forma, Garcia e Alves¹¹ elucidam que:

[...] se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da reserva do possível ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos [...].

Neste cenário, surge a Lei n. 8.429/92¹², que foi a responsável por delimitar as nuances do tema, em especial por meio da indicação dos atos que caracterizam a improbidade administrativa, tratando-se de uma legislação inovadora e que atribuiu ao Ministério Público importante viés investigativo.

Por quase 30 anos, a referida legislação cumpriu seu papel, todavia, com o advento da Lei n. 14.192/2021¹³, o tratamento do tema sofreu alterações significativas, sobretudo em seu art. 11 e na defesa dos princípios da Administração Pública, acarretando em um afrouxamento no combate à corrupção.

Dessa forma, houve uma distanciação dos ideais transmitidos pela Constituição, não protegendo-a suficientemente, sendo tal modificação maculada pela inconstitucionalidade.

2. ANÁLISE CRÍTICA DAS MODIFICAÇÕES PROMOVIDAS NO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PELA LEI N. 14.230/21

Como visto, a Constituição Federal optou por constitucionalizar as sanções aplicáveis aos casos de improbidade administrativa, demonstrando, por consequência, a relevância da manutenção da probidade na organização do Estado.

Pontua-se que a redação original da Lei n. 8.429/92¹⁴ dividiu os atos de improbidade administrativa em três grupos, os quais foram mantidos com o advento da Lei n. 14.230/21¹⁵. Dessa forma, tais atos podem importar em enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário ou, ainda, atentar contra os princípios da Administração Pública.

No tocante aos atos de improbidade que violam o arcabouço principiológico aplicável à Administração Pública, registra-se que, a partir da Lei n. 14.230/21, o artigo 11 da Lei de

¹¹GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 70.

¹²BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 07 mar. 2023

¹³BRASIL. Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1>. Acesso em: 07 mar. 2023.

¹⁴BRASIL. *op cit*, nota 12.

¹⁵BRASIL. *op cit*, nota 13.

Improbidade Administrativa¹⁶ sofreu alterações substanciais em sua redação, o qual, dotado de inegável vício de inconstitucionalidade, fragiliza a proteção da probidade em situações de evidente descompasso com o ideal pensado pela Constituição Federal.

De plano, evidencia-se que a alteração perpetrada foi responsável por reduzir o alcance da norma, pois passou-se a atribuir caráter taxativo ao rol constante no art. 11 da Lei n. 8.429/92¹⁷. Em sua redação originária, o referido artigo trazia um rol exemplificativo, ou seja, as situações ali elencadas não esgotavam os casos concretos que poderiam se caracterizar como atos atentatórios aos princípios da Administração Pública.

A princípio, diante de tantas transformações operadas na Lei n. 8.429/92, é possível que a comunidade jurídica ainda não tenha observado o quão prejudicial a alteração supramencionada pode ser para o combate à improbidade administrativa. Todavia, decorridos dois anos desde a entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, datada de 25 de outubro de 2021, são evidentes seus impactos na proteção, dentre outros, dos princípios da impessoalidade e moralidade.

A título de exemplo, caso um interessado noticie ao Ministério Público Federal a ocorrência de assédio moral no âmbito de uma repartição pública federal, em que pese a gravidade da questão, sob a ótica da improbidade administrativa, o Procurador da República não poderia dar prosseguimento ao procedimento extrajudicial e, posteriormente, ajuizar uma ação de improbidade administrativa, diante da ausência de tipicidade cível.

Sob o manto da redação originária da Lei de Improbidade Administrativa, já era sedimentado o entendimento de que o assédio moral era um ato ímprobo. O Superior Tribunal de Justiça¹⁸, por exemplo, reconhecia que a conduta se coadunava com o art. 11 da Lei n. 8429/92, por caracterizar abuso de poder, desvio de finalidade, além de violar o princípio da impessoalidade.

Hoje, todavia, o exemplo supramencionado não se enquadraria como ato de improbidade. Acerca do tema, o Conselho Institucional do Ministério Público Federal¹⁹, no Boletim Informativo CIMPF n. 1, de 15 de março de 2023, reforçou esse entendimento ao

¹⁶ BRASIL. *op cit*, nota 1

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.286.466*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=30526819&tipo=5&nreg=201100585605&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130918&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 09 ago. 2023

¹⁹ CONSELHO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Boletim Informativo CIMPF Nº 1, de 15 de março de 2023. Disponível em: <www.mpf.mp.br/o-mpf/conselho-institucional/documentos-e-publicacoes/boletim-informativo/2023/BoletimCIMPFn12023.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2023.

reconhecer que as condutas enumeradas no art. 11 da Lei n. 8429/92²⁰ encontram-se dispostas de forma taxativa, não havendo a inclusão do assédio moral.

Dessa forma, a hipotética situação apresentada somente seria resolvida mediante a aplicação das sanções pertinentes na esfera disciplinar. Assim, mesmo que um chefe de repartição imponha a um servidor público federal uma punição de cunho vexatório, violando frontalmente os princípios da Administração, tal conduta não se caracterizaria como ato de improbidade, restando à vítima ingressar com uma ação própria, restrita à sua esfera individual de interesse, para pleitear a responsabilização do agente, com base no art. 186²¹ e no art. 927²², ambos do Código Civil.

Outro exemplo, o qual é ilustrado por José Carlos Fernandes Júnior²³, membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, é o caso do crime de tortura. De acordo com o jurista, por mais gravosa e reprovável que seja a conduta do agente, ela não é abarcada pelo âmbito de incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

Em sua publicação²⁴, o Promotor imagina que um policial penal, no exercício de suas funções e de forma dolosa, opte por submeter um detento, que estava sob sua guarda, ao emprego de violência mediante a utilização de choques elétricos, com intenso sofrimento físico, após aquele, o detento, utilizar palavras de baixo calão para se dirigir ao agente público. Por mais torpe que pareça ser sua conduta e apesar de configurar crime de Tortura, à luz da Lei n. 9.455/97²⁵, não se trataria de ato de improbidade administrativa.

Com efeito, colaciona-se abaixo as colocações do excelentíssimo Promotor:

Em que pese o alto grau de repulsa de que é merecedora tal conduta, caso venha a vigorar a interpretação de que o rol previsto nos incisos do art. 11 da LIA seria taxativo e não exemplificativo, como pretende a “letra fria” da Lei 14.230/2021, ter-se-á a inusitada situação dela (a prática de tortura cometida por agente público, no exercício de suas funções) não configurar o cometimento de ato de improbidade administrativa, isenta de qualquer incidência da Lei no 8.429/92, já que não se amolda a qualquer das figuras previstas no dito dispositivo²⁶.

²⁰BRASIL. *op cit*, nota 1

²¹BRASIL. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 09 ago. 2023.

²² *Ibid*.

²³FERNANDES JUNIOR, José Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa*: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República. Disponível em: <<https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protecao-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

²⁴ *Ibid*.

²⁵BRASIL. Lei n. 9455, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.html> Acesso em: 07 ago. 2023.

²⁶FERNANDES JUNIOR, José Carlos. *op. cit*.

Além das situações dispostas acima, outras condutas, igualmente gravosas, como o assédio sexual e o abuso de autoridade, poderiam ser listadas para corroborar, ainda mais, com o evidente prestígio da impunidade no âmbito do direito administrativo sancionador inaugurado pela atribuição de rol taxativo ao art. 11 da Lei n. 8429/92.

Evidente, portanto, quão prejudicial a *novel* redação pode ser ao funcionamento da Administração Pública como um todo, tendo em vista que tais condutas, apesar de não se direcionarem à consecução do interesse comum, passaram a ser silenciadas pela Lei n. 14.230/21. Logo, valores sensíveis têm sido violados sem que, contudo, os responsáveis sejam punidos por desviar das características do agente probo e do bom administrador.

Não obstante o fato de ter reduzido o âmbito de incidência do dispositivo legal objeto de análise, a Lei n. 14.230/21 passou a exigir o dolo de beneficiamento para que seja caracterizado o ato de improbidade administrativa que contrarie princípios da Administração Pública.

Sob a égide na redação anterior, o STJ²⁷ entendia ser suficiente a presença de dolo genérico, o que não subsiste hoje.

Atualmente, para que seja reconhecida a improbidade decorrente da violação de princípios, o art. 11 da LIA²⁸, em seu parágrafo primeiro, exige que a conduta seja voltada a obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

Dessa forma, além da redução do campo de incidência da norma com a inclusão do rol taxativo, o legislador também optou por fazê-lo ao exigir expressamente a presença de dolo específico. Nesse sentido, José de Faria Costa, em sua obra voltada para o Direito Penal, analisa a necessidade de se exigir a presença do especial fim agir com parcimônia, para que não haja um avanço na impunidade, a saber:

O uso pelo legislador de tais elementos especiais subjetivos (intenções, motivos, impulsos afetivos etc.) é extremamente delicado, pois raramente se materializam em fatos externos: na esmagadora parte dos casos, não extrapolam a esfera íntima do indivíduo. Até porque, “o mundo psíquico do agente é simplesmente inacessível ao conhecimento do intérprete ou julgador.”²⁹

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 798.434*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1505116&tipo=0&nreg=201502491052&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160525&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 09 ago. 2023

²⁸BRASIL. *op cit*, nota 1

²⁹COSTA, José de Faria. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017. p. 406.



Diante da apresentação de situações concretas, foi possível aferir a prejudicialidade da modificação legislativa operada. A partir disso, analisar-se-á a sua inconstitucionalidade com fulcro na proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Apresentados os contornos das modificações perpetradas pela Lei n. 14.230/21³⁰, passa-se a questionar a constitucionalidade das reformas empreendidas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa³¹.

Preambularmente, pontua-se que a Constituição Federal, ao tratar dos atos de improbidade administrativa e suas sanções em potencial, estipulou, em seu art. 37, §4º, mandados de responsabilização em detrimento dos abusos cometidos na seara da Administração Pública. Desta feita, tem-se como irrefutável que as transgressões aos princípios administrativos sejam efetivamente combatidas para que haja a satisfação do direito fundamental à boa administração.

Nessa concepção, Valter Foletto Santin, Renee do Ó Souza e Antonio Sergio Cordeiro Piedade³², todos Promotores de Justiça, defendem que:

A Lei de Improbidade Administrativa é a regulamentação do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, norma de eficácia limitada de princípio programático que prevê uma diretiva ao legislador infra e um autêntico mandamento ou imperativo constitucional de tutela dos chamados atos de improbidade. Trata-se de disposição constitucional que anuncia dever expresso de proteção de determinados direitos e valores, por parte do Estado, por meio de medida legislativa, semelhante, ontologicamente, aos mandados constitucionais de criminalização em que a Constituição Federal define que, sobre determinadas matérias, o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade, a fim de proteger determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Acerca do tema, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal, no MS 27.141³³, já se manifestou indicando que constitui uma garantia insuprimível da cidadania o direito ao governo

³⁰BRASIL. *op cit*, nota 13.

³¹BRASIL. *op cit*, nota 12.

³²SALTIN, Valter Foletto; SOUZA, Renee do Ó; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *A aplicação das penas da lei de improbidade administrativa à luz do princípio da proteção deficiente: a integridade na proteção da probidade administrativa*. REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, São Paulo, v. 12, n 2, 2017.

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n. 27141*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14774556>>. Acesso em: 05 set. 2023.



honesto. Nessa lógica, prevalece o entendimento que tal direito se afigura como um corolário dos princípios republicano, da dignidade da pessoa humana e da moralidade.

Dessa forma, tem-se que, com o advento da *novel* redação do artigo 11 da LIA³⁴ e com a atribuição de caráter taxativo ao rol disposto no artigo em comento, tal medida não é suficiente para atender ao rigor combativo à improbidade administrativa, revelando-se antagônica ao texto constitucional. Nas palavras do respeitado Promotor de Justiça, José Carlos Fernandes Junior³⁵, a opção do legislador não se coaduna com o direito a ser protegido, censurando o dever de equivalência, *in verbis*:

A medida adotada não é equivalente ao critério que a dimensiona. Ora, se a causa nuclear reside no cometimento de condutas dolosas por agente público que atentam contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade (critério), a sujeição de outras, que não aquelas elencadas nos incisos do art. 11, desde que se enquadrem ao disposto no caput, às sanções trazidas pela LIA (medida) se justifica, pois o mesmo interesse público que permite a primeira também se aplica *in casu*. Destarte, conclui-se que a admissão do rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa como taxativo não é razoável, porque vitupera o dever de equivalência.

Nessa ordem de ideias, tem-se que a alteração legislativa promovida no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa³⁶ é inconstitucional, não só por violar o postulado da razoabilidade, mas também o da proporcionalidade, especialmente sob o viés da proibição de proteção deficiente. Neste ponto, frisa-se que, tradicionalmente, a proporcionalidade é associada à ideia de proibição ao excesso, contudo, conforme leciona COSTA³⁷, ao mencionar os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, há se reconhecer o seu viés combativo à omissão do Estado, veja-se:

Contudo, como salienta Luis Virgílio Afonso da Silva, apesar da proporcionalidade ser majoritariamente entendida como um instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, cada vez mais ganha importância a discussão sobre sua utilização como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente do Estado (proibição de insuficiência). Exige-se uma atuação proporcional não apenas nos casos de ação positiva não excessiva do Estado, mas também nos casos em que o Estado deveria atuar para proteger direitos fundamentais e não atua, ou atua de maneira insuficiente (...) Ela impõe limites à atuação estatal, determinando a observância de uma justa medida entre o direito e a norma que o restringe, ou ainda, impõe que a atuação estatal não seja insuficiente para uma proteção adequada e eficaz de direitos.

³⁴BRASIL. *op cit*, nota 2

³⁵JUNIOR FERNANDES, José Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República*. Disponível em: <<https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protECAo-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

³⁶BRASIL. *op cit*, nota 2

³⁷COSTA, Roberta Pereira Negrão. *Proporcionalidade: uma clarificação do conceito*. Disponível em: <<https://silو.tips/download/proporcionalidade-uma-clarificacao-do-conceito>>. Acesso em 5 set. 2023.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, cumpre destacar, conforme os ensinamentos de Paulo Bonavides³⁸, que a sua transposição para o âmbito do Direito Constitucional decorre da ascensão do Estado de Direito e da consolidação de direitos fundamentais após a Segunda Guerra Mundial. Nesse cenário, atribui-se à doutrina e jurisprudência alemã a construção dos primeiros contornos da aplicação constitucional do postulado e o seu posterior desenvolvimento.

Destarte, a dogmática alemã diferencia o princípio da proporcionalidade em proibição do excesso, no alemão *Übermassverbot*, e em proibição de proteção deficiente, *Untermassverbot*. Nessa senda, conforme estipulado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, quando da relatoria do HC 106.163/RJ³⁹, ao mencionar o jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris, a proibição da proteção deficiente estipula que o ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima.

Acerca da inconstitucionalidade proveniente da proteção deficiente, Lenio Streck⁴⁰ ensina que:

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.

Registra-se, portanto, que a Constituição é responsável por instituir o objeto de proteção e incumbe ao Estado exercer o dever de custódia, o que ocorre mediante a adoção de medidas de cunho normativo e material, visando uma proteção adequada. No que toca à tutela dos princípios da Administração Pública, reafirma-se que, com o advento da Lei n. 14.230/21⁴¹, houve um enfraquecimento na proteção do arcabouço principiológico que integra o âmbito administrativo e na tutela da probidade administrativa, uma vez que, com a adoção de um rol taxativo, a proteção conferida passou a ser deficiente.

³⁸BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 417.

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 106.163*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751386>>. Acesso em: 05 set. 2023.

⁴⁰STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot")* ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais. *REVISTA DA AJURIS*, ano XXXII, n 97, 2005.

⁴¹BRASIL. *op cit*, nota 1.



Em uma aplicação ao caso em espécie, José Carlos Fernandes Junior⁴² postula pelo reconhecimento da inconstitucionalidade das modificações realizadas no art. 11 da LIA:

A atual redação do caput do dispositivo propõe uma alternativa que condiciona a insuficiência da tutela administrativa sancionadora. Já sustentamos em outra oportunidade – e reafirmo no presente esboço – que a proteção do patrimônio público e de uma gestão pública honesta integram o rol de direitos fundamentais, posto se tratarem do meio pelo qual se atinge o bem comum, a igualdade substancial e a justiça social (e, nessa perspectiva, como não a perceber radicada na concretização da dignidade da pessoa humana?). Logo, se a proteção deferida é inadequada e ineficaz, a nenhuma outra conclusão se pode chegar, do ponto de vista metodológico, que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito – e, por consequência, inconstitucional.

Noutro giro, há de se reconhecer que o princípio da vedação ao retrocesso também se afigura como um impeditivo da vigência da legislação sob exame. Para Luís Roberto Barroso⁴³, a referida proibição não tolera que ocorra a revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a alteração seja acompanhada de uma política substitutiva ou semelhante.

À vista disso, extrai-se que o princípio da vedação do retrocesso, diante da compressão da tutela da probidade, conduz à invalidade da atual redação do artigo 11 da LIA⁴⁴, por se tratar de obstáculo à realização de direitos fundamentais, em especial, *in casu*, ao direito à boa administração. Admitir a validade de tal mudança, implica em verdadeiro retrocesso às conquistas sociais e um incentivo ao avanço da corrupção.

Por derradeiro, para além da inconstitucionalidade ora defendida, reforça-se, mais uma vez, que as alterações empreendidas podem gerar reflexos prejudiciais à sociedade, pois facilitaram o caminho para a ocorrência dos atos de improbidade. Nesse cenário, a coletividade acaba por ser vitimizada diante da inobservância do rigor necessário para proteção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, a pesquisa objetivou demonstrar que as alterações promovidas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei n. 14.230/21, implicaram em uma verdadeira pulverização ao sistema constitucional de probidade administrativa, resultando em uma proteção deficiente aos princípios da administração pública, bem como em um retrocesso

⁴²FERNANDES JUNIOR, José Carlos. *op cit.*

⁴³BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378-381.

⁴⁴BRASIL. *op cit*, nota 2

jurídico-social. Par alcançar tais fins, buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, apresentar os contornos constitucionais do tema em comento, os impactos resultantes da modificação legislativa e as razões que conduzem à sua inconstitucionalidade.

Em um primeiro momento, expôs-se os contornos constitucionais acerca do tema em comento, apresentando a preocupação do constituinte em resguardar a moralidade e a probidade no âmbito da Administração Pública. Para tanto, salientou-se o papel ocupado pelos princípios no ordenamento jurídico, enquanto mandamentos nucleares do sistema.

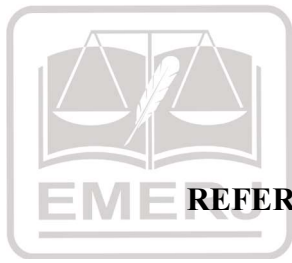
Na sequência, conceituou-se o termo improbidade administrativa e demonstrou-se que, além da preocupação em resguardar o erário público, existe um viés voltado para a proteção do arcabouço principiológico administrativo. Nesse cenário, objetivou-se problematizar a nova redação conferida ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a qual atribuiu um rol de caráter taxativo ao referido dispositivo.

A problematização ocorreu a partir da apresentação de situações fáticas, as quais, embora gravosas e socialmente reprováveis, como é o caso do assédio moral e a tortura, deixaram de ser consideradas atos ímprobos por não se enquadrarem nas hipóteses previamente elencadas pelo legislador. Na mesma linha de inteligência, indicou-se os crimes de assédio sexual e abuso de autoridade, os quais, apesar de qualificados como crimes, caso ocorram no âmbito da Administração Pública, não serão punidos sob o manto da improbidade administrativa.

A partir dos argumentos supramencionados, defendeu-se a inconstitucionalidade da redação do art. 11 da LIA. Para tanto, dispôs-se acerca da face oculta do princípio da proporcionalidade, a qual consiste na proibição da proteção deficiente, buscando coibir a atuação omissiva do Estado na defesa e proteção de direitos fundamentais. Assim, concluiu-se que, o direito à boa administração, enquanto um direito fundamental, não foi satisfatoriamente observado pelo regramento vigente.

O tema exposto possui alta relevância, em especial pelos direitos que toca. De um lado, tem-se a defesa da lisura no âmbito administrativo, de outro, a preocupação em evidenciar os impactos sociais ocasionados pela flexibilização operada pela norma.

Ao final, portanto, a partir dos argumentos coligidos, defendeu-se a inconstitucionalidade da redação conferida ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não apenas sob a ótica da proteção deficiente, mas também pela vedação ao retrocesso social. Contudo, em que pese a argumentação apresentada, é certo que o tema ainda se encontra em evolução e pendente de apreciação de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em: 07 mar. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.html> Acesso em: 07 mar. 2023.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 09 ago. 2023.

_____. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 07 mar. 2023.

_____. *Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1>. Acesso em: 07 mar. 2023.

_____. *Lei n. 9455, de 7 de abril de 1997*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.html> Acesso em: 07 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.286.466*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=30526819&tipo=5&nreg=201100585605&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130918&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 09 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 798.434*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1505116&tipo=0&nreg=201502491052&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160525&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 09 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS n. 27141*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14774556>>. Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 106.163*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:



<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751386>>. Acesso em: 05 set. 2023.

CARVALHO, Antônio César Leite. *Lei de improbidade administrativa: um instrumento de combate à corrupção*, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019.

CONSELHO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Boletim Informativo CIMPF N° 1*, de 15 de março de 2023. Disponível em: <www.mpf.mp.br/ompf/conselho-institucional/documentos-e-publicacoes/boletim-informativo/2023/BoletimCIMPFn12023.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2023.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. *Proporcionalidade: uma clarificação do conceito*. Disponível em: <<https://silو.tips/download/proporcionalidade-uma-clarificacao-do-conceito>>. Acesso em 5 set. 2023.

FERNANDES JUNIOR, José Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República*. Disponível em: <<https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protecao-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALTIN, Valter Foletto; SOUZA, Renee do Ó; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *A aplicação das penas da lei de improbidade administrativa à luz do princípio da proteção deficiente: a integridade na proteção da probidade administrativa*. REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, São Paulo, v. 12, n 2, 2017

STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais*. REVISTA DA AJURIS, ano XXXII, n 97, 2005.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade e Controle Principiológico*. 2 ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.