



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANNA CATHARINA GARCIA SILVA

**OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADUAL NA FISCALIZAÇÃO DOS ATOS DE
IMPROBIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA
LEI 14.230/2021**

Salvador
2022

ANNA CATHARINA GARCIA SILVA

**OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADUAL NA FISCALIZAÇÃO DOS ATOS DE
IMPROBIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA
LEI 14.230/2021**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Andrade Soares Neto.

Salvador
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

Anna Catharina Garcia Silva

**OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADUAL NA FISCALIZAÇÃO DOS ATOS DE
IMPROBIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA
LEI 14.230/2021**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2022.

A Analice e Sérgio, por sempre acreditarem em mim, e a Paula e Arlete, minha eterna base.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, que foi quem me mostrou o caminho que eu deveria seguir no mundo e me deu a força para isso. Agradeço ao Ministério Público pela experiência única de estagiar num dos órgãos mais importantes de um Estado Democrático de Direito, em especial a promotora Dra. Alicia Violeta Botelho Sgadari Passeggi e sua assistente Evelim Hanna. Aprecio muito a figura de todos os professores da Escola Baiana de Direito e Gestão, em especial Dr. Gabriel Marques Dias Marques da Cruz, Dr. Geovane de Mori Peixoto, Me. José Andrade Soares Neto, Dr. Vitor Moreira Soliano e Dr. Marcus Seixas Souza, por me fazerem ver a beleza do Direito Público e do Direito Administrativo, muito além da sala de aula. Em tempo, destaco ainda às figuras ímpares dos meus atuais chefes: Thiago Almeida, Kim Pinheiro e Francisco Bastos, que sempre estimulam a busca pelos melhores argumentos.

Agradeço ainda a todo o suporte que recebi dos meus familiares, em especial a Analice, Sérgio, Arlete, Paulo, Paula e Kelly e, a Raphael, que foi/é quem mais me ouve nesse mundo; e dos meus amigos, de modo particular Victoria Nascimento, Marianna Campelo, Thiago Tavares, Caroline Martinez e Nathalia Guerra. Sem vocês, eu não teria tido todo o suporte necessário nesses 5 anos de graduação. A todos: muito obrigada.

“É preciso que o direito reaja às ofensas para realocar o pêndulo da democracia”.

Cláudia Albagli Nogueira

RESUMO

O direito administrativo brasileiro conta com a lei nº 8429/92 que regulamenta as sanções aplicadas pela prática de atos ímprobos, nesse sentido, a figura dos Ministérios Públicos estaduais desempenham uma função fundamental na aplicação dessa legislação, contudo, com o advento da lei nº 14.230/2021, quase toda a regulação acerca da improbidade administrativa foi alterada, impactando diretamente essa prática. Assim sendo, este trabalho busca analisar os limites da atuação ministerial estadual no controle dos atos da administração, uma vez que este órgão passa a ser agora o único legitimado a figurar no polo ativo destas ações. Ainda nesse sentido, busca-se observar as mudanças trazidas pela nova redação dessa legislação, e seus impactos sobre a antiga atuação ministerial, por anos criticada por ser feita sem que fosse observada a razoabilidade e a proporcionalidade, princípios norteadores tanto do direito administrativo como da Constituição, entretanto, não se nega a importância do *parquet* no estado democrático de direito, apenas, redundantemente, que ele não pode atuar de forma descontrolada, assim como a discricionariedade administrativa também não, à luz da proteção da própria separação dos poderes. Em tempo, este trabalho acadêmico leva ainda em consideração que a natureza desta lei já era desde o seus primórdios controversa e somente 30 anos após sua promulgação o legislador se manifesta expressamente entendendo-a como parte do direito administrativo sancionador, buscando trazer garantias que antes não eram observadas mas que são necessárias para que o processamento judicial e administrativo de supostos atos ímprobos se dê de forma eficiente, punindo e protegendo a moralidade de forma consonante com o resto do ordenamento, garantido o devido processo legal.

Palavras-chave: Ministério Público; Administração Pública; Discricionariedade; Controle; Limites.

ABSTRACT

The administrative law in Brazil counts with the law nº 8429/92 that regulates the sanctions applied for the practice of improbity acts, in this sense, the figure of the Public Prosecution plays a fundamental role in the application of this legislation, however, with the advent of the law nº 14.230 /2021, almost all the regulation on administrative improbity was changed, directly impacting this practice. Therefore, this work seeks to analyze the limits of the prosecutors in the control of administrative acts, since they are now the only one entitled to appear in the active pole of these judicial proceedings. Also in this sense, seeking to observe the changes brought about by the new wording of this legislation, and its impacts on the old ministerial action, criticized for years for being carried out without observing reasonableness and proportionality, guiding principles of both administrative law and of the Constitution it self, however, does not deny the importance of the *parquet* in the democratic state of law, only, redundantly, that it cannot act in an uncontrolled way, just as the administrative discretion, in light of the protection of the separation of powers. In time, this academic work also takes into account that the very nature of this law was already controversial since its beginnings and only 30 years after its enactment the legislator expressly manifests itself understanding it as part of the sanctioning administrative law, seeking to bring guarantees that before were not observed but that are necessary for the judicial and administrative processing of supposedly unrighteous acts to take place efficiently, punishing and protecting morality in a way that is in line with the rest of the legal system, ensuring the due process.

Keywords: State prosecution; Public administration; Administrative discretion; Control; Boundaries

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
MPF	Ministério Público Federal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CAOPAM	Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
PGR	Procurador Geral da República

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A FIGURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	13
2.1 HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO.....	13
2.2 ATRIBUIÇÕES E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PARQUET.....	17
3 OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE ACORDO COM A LEI 8.429/92.....	20
3.1 O CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	21
3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO IMPROBO.....	22
3.3 A NATUREZA JURÍDICA DA LEI DE IMPROBIDADE.....	23
3.4 MODALIDADES DE DANO.....	25
3.4.1 Enriquecimento ilícito.....	26
3.4.2 Lesão ao erário.....	27
3.4.3 Afronta aos princípios.....	29
3.4.3.1 Princípio Da Legalidade.....	29
3.4.3.2 Princípio Da Impessoalidade.....	31
3.4.3.3 Princípio Da Moralidade.....	32
3.4.3.4 Princípio Da Publicidade.....	33
3.4.3.5 Princípio Da Eficiência.....	34
3.5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CONFIGURAÇÃO DO DANO: 1.558.030/PE E RESP 1.777.910/SE.....	35
4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB ÉGIDE DO TEXTO ORIGINAL DA LEI 8.429/92.....	38
4.1 RESOLUÇÃO 174/2017 E RESOLUÇÃO 23/2007 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	43

4.2 A REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 22 DA LIA, O INQUÉRITO CIVIL E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	46
4.3 LIMITES COLOCADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	48
4.4 SOBRE A DISCRICIONARIEDADE: ESSA DESCONHECIDA.....	55
4.4.1 Conceito de discricionariedade.....	56
4.4.2 Função: Importância da Conveniência e da Oportunidade.....	57
4.4.3 Limites: A relação entre a discricionariedade, os atos de improbidade e os perigos da redução do espaço decisório pela atuação ministerial.....	58
5. OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 14.320/2021	61
5.1 ALGUMAS ALTERAÇÕES RELEVANTES.....	61
5.1.1 A retirada da modalidade culposa.....	62
5.1.2 O novo rol taxativo do art. 11	63
5.1.3 A alteração do prazo prescricional.....	65
5.2 BREVE ANÁLISE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL APÓS A REFORMA.....	67
5.3 A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	74
5.3.1 Natureza Jurídica do acordo de não persecução civil.....	75
5.3.2 Antiga aplicação baseada na lei 13.964/2019 descartada pelo novo art. 17-B.....	76
6 CONCLUSÃO.....	79

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um estado democrático de direito, iluminado por uma Constituição cidadã que elenca e busca efetivar uma série de direitos fundamentais, basilares para uma sociedade livre e justa. Nesse sentido, há um forte arcabouço axiológico acerca da proteção da Administração Pública, a qual, principalmente na figura do poder executivo, é quem aproxima o direito da vida dos brasileiros e entrega os bens da vida. Há mais de 30 anos, através principalmente da Lei de Improbidade Administrativa, o país combate à corrupção, que corrói o Estado e coloca no centro da nossa democracia interesses particulares, em detrimento do Interesse Público.

Consolidada pela doutrina como um dos principais instrumentos do direito administrativo sancionador, a redação original da Lei nº 8429/92 durante anos foi duramente criticada e dada interpretação diversa da literalidade pela jurisprudência, justamente porque o punitivismo estatal utilizado na perseguição aos atos de improbidade vinha ocorrendo de forma desenfreada, como perceberemos através da análise de alguns julgados. Contudo, o melhor entendimento sempre foi no sentido de se buscar um garantismo aos acusados, sem causar impunidades para com o erário. Ainda nesse sentido, havia uma nebulosa acerca da atuação do Ministério Público diante dos atos ímprobos, uma vez que ela ocorria de forma muito ampla, carente de uma regulamentação mais forte por parte da legislação em sentido estrito, sofrendo grande influência das resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público.

Diante dessa seara, no final de 2021 foi promulgada a lei nº 14.230/2021, denominada de “reforma administrativa”, que alterou mais de 90% da LIA. Logo, este trabalho busca analisar os limites da atuação dos Ministérios Públicos estaduais no controle dos atos de improbidade. Há muito tempo nos deparamos com uma profunda discussão acerca do manejo judicial dos atos da Administração, contudo, também se faz relevante perceber que há uma influência ocasionada pelas atuações dos *parquets* sob a discricionariedade dos atos, principalmente dos gestores chefes do poder executivo, que muitas vezes ocorre de forma prévia ao ajuizamento das ações.

De mais a mais, não se nega a importância dessa presença ministerial, uma vez que, mesmo diante dela, o país ainda é recorrentemente chocado com escândalos de corrupção. Entretanto, estamos diante de um *jus puniendi* do Estado, logo, é preciso que se traga algumas garantias do processo penal, afinal, é inegável a aproximação entre essas duas áreas do direito. Assim sendo, essa construção acadêmica busca iluminar assuntos tão densos e controvertidos quanto: a discricionariedade administrativa, o controle ministerial que era feito antes da reforma e o que tivemos com o advento da nova legislação, através de análises jurisprudenciais e dos entendimentos da doutrina acerca do tema.

Em tempo, necessário ainda destacar que devido ao fato das alterações legais serem extremamente recentes, ainda não contamos com uma vasta produção doutrinária e jurisprudencial. Isso porque, como já supracitado, somente dois artigos da 8429/92 permaneceram inalterados, logo, apenas o decorrer dos anos e a aplicação prática poderá consolidar todos os efeitos. Enfim, com o fito de analisar os pontos retromencionados, este trabalho acadêmico, diante das suas limitações, se legitima ao buscar entender o sopesamento da separação desses poderes e da proteção da moralidade administrativa, efetivando um Estado Democrático de Direito.

2 A FIGURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O ministério público em suas figuras estaduais e federal, demonstra ser entidade necessária ao Estado Democrático, uma conquista para toda a sociedade e que vem justamente para proteger a população, nos mais diversos sentidos e áreas do direito. A problemática se cria no decorrer e na construção da história brasileira, que há muito pouco tempo conta com uma constituição social e promulgada, a democracia no Brasil ainda é muito jovem.

À luz do neoconstitucionalismo, movimento que tomou conta da América Latina no período de transição dos regimes totalitários, o Ministério Público, finalmente, adentra a carta magna na seção “das funções essenciais à justiça”, porém, percebe que ele já era previsto há muito tempo no ordenamento brasileiro, mas só foi efetivamente consolidado em 1988, como veremos mais à frente, nunca a nação havíamos contado com um órgão dessa magnitude.

2.1 HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO

A primeira ideia que se tem sobre as funções hoje desempenhadas pelo Ministério Público, surge após a fusão romana e germânica que veio a formar o estado medieval na segunda metade do século V, com as figuras dos funcionários reais. Dentre estes, Hugo Nigro (1991, p.2) a partir da reunião dos ensinamentos de diversos outros autores, sistematiza estes agentes em: (I) Os Saions, originários do direito visigodo, que atuavam como fiscais do reino, através da defesa de órfãos e a formulação de acusações contra possíveis criminosos, (II) os Senescais e os Balios, originários dos povos da antiga Gália e da Escandinávia, respectivamente, estes, faziam o papel de defensores das ordens dos senhores feudais e (III) os Missi Dominici, que foram instituídos por Carlos Magno, durante o período do Império Romano-Germânico, e que atuavam basicamente fiscalizando a atuação de delegados do Imperador, coibindo abusos de poder, como entendido por Paulo Busato (2016).

Com o fim da idade média, os reis começam a realmente a distribuir e instituir juizados para que a justiça fosse realizada em seu nome, pois, com a expansão territorial dos reinos, não era mais viável a concentração de toda a “jurisdição” somente na figura do soberano. Segundo Luiz Nascimento (2017), Felipe IV, rei da França, foi pioneiro em instituir os seus Procuradores, em 1302, dividindo-os em duas classes: (I) *Advocats du roi*, para tratar da área cível e os (II) *procureurs du roi*, atuando na seara criminal. Assim, apesar das figuras esparsas ainda na idade média, a doutrina entende a França como berço oficial do Ministério Público, nesse sentido coaduna Sauwen Filho (1999, p. 18).

Outrossim, mesmo milênios depois, ainda há no direito brasileiro forte influência do direito francês. Não teria como ser diferente, percebe-se como é também na França que se têm os primeiros movimentos contra o absolutismo, onde ainda vai surgir às ideias de Montesquieu, com o *Espírito das Leis*, e é justamente daí que se começa a perceber como a figura do Ministério Público também precisa ser separada dos três poderes, é tanto que em 1789 a Assembleia Nacional Constituinte o torna membro do poder judiciário, independente do Rei.

Há mais de 200 anos os parlamentares já percebiam como essa figura era necessária e precisava de autonomia dentro do Estado, a superação da vingança privada exigiu que o sistema fosse remodelado, a princípio para separar o julgador e o acusador e posteriormente ter uma instituição para tutelar direitos coletivos, funções até hoje atribuídas ao *parquet*.

Dando um salto histórico e continental, chegando no Brasil colônia, a figura do Ministério Público aparece no nosso ordenamento com as ordenações manuelinas em 1603, onde são instituídas às figuras dos promotores de justiça, que passam a atuar como *custus legis*, para além da clássica função acusatória, ambas limitadas a somente o processo penal, até que em 1609 surge na Bahia o cargo de Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco. Outrossim, é somente no Código de Processo Criminal do Império, em 1832, que os promotores têm suas atribuições positivadas (BRASIL, 1832):

Art. 37. Ao Promotor pertencem as atribuições seguintes:

1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir à escravidão pessoas

livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Código Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Família Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras.

2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciais.

3º Dar parte às autoridades competentes das negligências, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

Partindo da leitura desse recorte, percebemos que se começa, ainda que de forma primitiva, a se separar o que era de interesse da Coroa e o que era interesse público, claro que ainda numa perspectiva muito inicial em relação ao que é entendido hoje como este conceito administrativo tão importante que será explorado mais à frente. De modo particular, o parágrafo terceiro do Código de Processo supracitado, já podemos perceber que desde aquela época o *parquet* já estava vinculado à análise dos atos administrativos, ainda que uma administração muito centralizada na monarquia.

Ademais, o Ministério como órgão em si foi criado pelo decreto 848/1890 (Memória da Administração Pública Brasileira, 2019), essa norma veio, em verdade, para organizar a Justiça Federal logo após a Proclamação da República em 1889, logo, o país estava carente dessa sistematização. Neste sentido, o então ministro da justiça, Manuel Campos Sales (1890), publicou a exposição dos motivos do decreto supracitado e, neste documento, o jurista já entendia o órgão como “instituição necessária em toda a organização democrática.”

Outrossim, até 1894, o ordenamento só contava com este documento, que tratava de um Ministério composto apenas pela figura do Procurador Geral da República (PGR), que na verdade era um dos membros do Supremo Tribunal Federal. É somente então com o governo de Getúlio Vargas (Memória da Administração Pública Brasileira, 2019) que o MP efetivamente perdeu sua vinculação ao poder judiciário, é a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) a pioneira a dedicar ao órgão uma seção específica, acabando com a então previsão de relação entre o STF e o cargo de PGR. Em virtude do governo Vargas, o órgão foi finalmente colocado em lei federal específica que o organizou totalmente e previu a atual divisão em Ministério Público

da União, Ministérios públicos estaduais (a serem organizados em cada estado por lei local) e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Para além disso, a CF percebeu a necessidade de instituição de garantias - como a estabilidade - e deveres dos membros do ministério, além de garantir como forma de provimento a via concursal, garantindo a independência nos atos dos procuradores. Além disso, ao longo dos anos outras leis infraconstitucionais trouxeram novas atribuições ao *parquet*, como por exemplo o Código de Processo Civil e o Código Civil.

Isto posto, é somente na Constituição de 1988 que passamos a ter a previsão expressa de que o MP é órgão independente e autônomo, sendo incluído no capítulo da Carta Magna que trata das funções essenciais da justiça, como já retratado. É com esta norma que surge a expressão doutrinária que o Ministério seria uma “ouvidoria” da sociedade brasileira, fruto da interpretação do Caput do art. 127.

Enfim, é somente neste momento do direito brasileiro que temos a concessão de autonomia funcional, administrativa e financeira aos órgãos e aos seus membros, porém, com o passar dos anos e o aumento dos níveis das demandas sociais, essa dita liberdade passa a ser questionada sobre seus limites, como veremos mais à frente, pois, às funções do §3º do art. 37 da Constituição de 1988 em muito se alargaram, trazendo desafios de controle a jurisprudência e a doutrina.

Em tempo, cabe ainda destacar de forma específica a atual atuação da figura do promotor, ela é imparcial, mas somente de maneira subjetiva, pois, pouco importa a este funcionário quem irá compor o polo passivo da ação, a sua conduta, em regra, não deve fazer distinção de sujeitos. Porém, ainda que imparcial, o agente é parcial, e precisa ser: a sua imparcialidade não o impede de perseguir uma tese em juízo, justamente como forma de proteção do Interesse Público. Em diapasão total a sua parcialidade e partialidade, cabe ainda ao promotor em diversas hipóteses a função de *custus legis*, e neste momento ele deve ser imparcial e impartial: sua única visão é a de garantir a ordem jurídica.

Partindo deste pressuposto, percebe-se como a atuação ministerial se passa por várias fases e entendimentos de um mesmo processo, há um grande esforço da figura deste funcionário para que ele atue em cada momento como lhe é exigido. Em um processo penal, por exemplo, a mesma figura que acusa é também quem garante que aquele procedimento está seguindo o devido processo legal, mesmo que isso prejudique a

sua tese - que no caso seria a prisão. Apesar deste não ser o foco principal deste trabalho acadêmico, é importante perceber a diversa lista de atribuições que um mesmo órgão tem e como a nossa democracia precisa dele.

2.2 ATRIBUIÇÕES E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PARQUET

Desde a promulgação da última Carta constitucional, o Ministério Público mudou muito. Como já foi esclarecido acima, a nova Constituição traz totalmente uma nova roupagem para o órgão dentro do sistema jurídico brasileiro. Porém, não foi o único documento a modificar a posição do *parquet* no ordenamento, tendo surgido também outras leis infraconstitucionais que recheiam e firmam ainda mais essa figura, como a própria Lei Orgânica do Ministério Público. Contudo, este trabalho busca se restringir, brevemente, às atribuições constitucionais e às previstas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA - 8429/92), recentemente modificada pela lei 14.230/2021.

A priori, o constituinte quis que o Ministério Público assumisse esse destaque, ele da ao órgão diversas funções de guardião de instituições essenciais à democracia, nesse sentido, Cláudio Souto (1997, p. 84) entende que além do MP ser *custos legis*, é também *custos societatis* (guardião da sociedade) e *custos juris* (guardião do direito). Outrossim, Tepedino (199, p. 300) destaca ainda uma função promocional para o órgão, pois, ele é no ordenamento o agente principal para a promoção de direitos indisponíveis/interesses difusos e coletivos, fruto da inteligência do art. 129 da CF/88.

No mesmo sentido, o Ministério pode realizar o controle de constitucionalidade das normas, perceba, por exemplo, que a legitimidade para ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei estadual é do Procurador Geral de Justiça. Não obstante, Gregório Almeida (2007, p. 770) coloca que o *parquet* ainda teria como função o controle extra jurisdicional da constitucionalidade, pois, o órgão teria mecanismos fora do judiciário para provocar o legislativo a fazer um “autocontrole” na edição de normas.

Para além disso, fechando o entendimento sobre as funções gerais do MP colocadas no texto constitucional, é importante destacar o entendimento doutrinário de que a

instituição seria uma cláusula pétrea, que goza de todas as proteções dessa classificação. A priori, Oscar Vilhena (1999, p.26) entende como cláusula pétrea aquelas que são estabelecidas com cerne inalterável e "super constitucional", por força do art. 60 da CF, uma verdadeira "resposta às diversas experiências autoritárias" que o Brasil já enfrentou ao longo de sua história, elas não podem ser alteradas pelo poder reformador.

Sendo assim, coaduna a doutrina que, uma vez sendo a democracia e a Justiça cláusulas pétreas, o MP também seria, já que ele é expressamente defensor do regime e essencial à Justiça. Ainda nesse sentido, Emerson Garcia (2005, p. 47) ensina:

Partindo-se da própria natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como ínsita no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 61, § 4º, IV, da CF/1988)"

Em tempo, importante destacar também as proteções concedidas aos membros do Ministério pelo texto constitucional, o constituinte pensou além da independência do órgão em si, mas também na autonomia dos seus membros. O legislador determinou que, as garantias constitucionais previstas no § 5º do art. 128 serão atribuídas aos membros em âmbito federal e estadual, estas são pensadas justamente como uma blindagem para o livre exercício das funções ministeriais, são elas: vitaliciedade, inamovibilidade, independência e irredutibilidade de vencimentos. Vejamos em tela o texto (BRASIL, 1988, grifo meu):

Art. 128 § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - As seguintes garantias:

a) **vitaliciedade**, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) **inamovibilidade**, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

c) **irredutibilidade de subsídio**, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

Insta ainda salientar, de modo particular, que a já supracitada garantia de “independência”, não está expressamente prevista como às demais, porém, é o que se entende a partir das alíneas do inciso II do mesmo artigo 128 §5º, pois, o membro não pode se vincular a outra instituição se não o Ministério.

3 OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE ACORDO COM A LEI 8.429/92

A priori, precisamos conceituar o que é o ato administrativo. Esse fenômeno do Direito é entendido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 356) como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional

Assim sendo, eles são formados por 5 elementos: a competência, o objeto, a forma, a finalidade (específica e geral) e o mérito. Este último é um elemento muito explorado pela doutrina, pois dele irão decorrer diversas discussões, inclusive a configuração do ato ímprobo.

Contudo, antes de chegarmos no cerne da questão, é necessário entender o que compõe o mérito administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 249) coloca que ele pode ser vinculado ou discricionário: no primeiro caso, a lei estabelece o âmbito e a maneira de agir, o que, em contrapartida, dá ao particular o direito subjetivo de exigir aquela ação do Estado.

Já na segunda hipótese, ainda segundo Di Pietro, a discricionariedade - a qual será mais a frente discutida em capítulo específico - leva a busca de soluções seguindo os princípios de conveniência e oportunidade. Entretanto, o gestor não estará totalmente “livre” para inovar ao seu bel prazer, a lei sempre trará limitações e qualquer ação fora do âmbito legal concedido é entendida como arbitrária.

Neste íterim, destaco que Administração é guiada por uma série de princípios formadores, a serem discutidos ainda neste capítulo, e por força destes, os motivos e finalidades do ato, normalmente expostos em seus preâmbulos, vinculam a autoridade e devem ser verdadeiros. Afinal, não é moral uma exposição mentirosa das ações do Estado. Nessa toada, surge a Teoria dos Motivos Determinantes, entendida por Carvalho Filho (2007, p. 107):

Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar

compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.

Logo, um motivo falso cria um vício que não pode ser sanado. Mas não só isso, a depender do caso, essa falsidade pode causar um enriquecimento ilícito, ou um prejuízo ao erário ou ofender um princípio administrativo, configurando então um ato ímprobo. Este, é fortemente repellido pelo ordenamento, mas mais afrente nos debruçaremos sobre a sua configuração, que perpassa por outros requisitos para ser configurado.

3.1 O CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Definir a improbidade é uma árdua tarefa. Uma vez que, apesar de já contarmos com diversos dispositivos que tratam sobre o tema, principalmente a lei 8429, que concretiza o §4º do art. 37 da Constituição, não foi posto pelo legislador uma definição expressa para o termo.

Hoje, a maioria da doutrina entende que conceito de improbidade é na verdade formado por exclusão, pois os atos que importam neste ilícito estão previstos taxativamente nos artigos da LIA, logo, será extraído das hipóteses positivadas entre os artigos 9º e 11, como entende Di Pietro (2019, p. 1.029). Neste mesmo sentido, define Alexandre de Moraes (2005, p. 320), repetindo o texto legal:

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.

Ademais, Maria Sylvia (2019, p. 1.021) coloca que essa figura já está rechaçada no direito brasileiro há muito tempo, atingindo os agentes políticos, ainda que sem o uso deste termo, pois a República surge como um contraponto às arbitrariedades da monarquia, logo, não há espaço para o uso da máquina pública para atingir interesses

peçoais. Assim, a definição do termo é também transpassada por várias outras questões, muito mais conectadas à probidade dos atos.

Seguindo esta lógica, o constituinte e o legislador infralegal tentam criar um culto ao agir probó. Sobre este, define Geovane Peixoto (2016, p. 31):

A ideia de probidade decorre da noção de retidão, honradez, decência, lealdade, honestidade, confiança, boa-fé, ou seja, virtudes que devem nortear as ações.

A probidade se mostra essencial pois, como entendeu Marcelo Bertoncini (2018, p. 63), ela garante a execução dos direitos fundamentais previstos na CF/88. Logo, todo o direito administrativo é, e precisa ser, pensado na proteção do interesse público e da moralidade - princípio a ser mais aprofundado ainda nesse capítulo -, em busca de uma gestão eficiente para a população e não corroída pela corrupção.

3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO ÍMPROBO

Apesar de não ser esse o foco deste trabalho, é ímpar a necessidade de se destacar, ainda que rapidamente, os quatro elementos constitutivos do ato, todos previstos logo nos primeiros artigos da 8429/92. Di Pietro (2019, p. 1.049) coloca que são quatro: (I) Sujeito Passivo, previstos no art. 1º §§§ 5º, 6º e 7º, que é todo aquele ente da Administração, seja direta ou indireta ou entidade privada que recebam custeio do erário, (II) Sujeito Ativo, previsto no art. 2º como o agente público em sentido amplo, abrangendo até mesmo estagiários e mesários (que fazem às vezes de agente público somente durante o dia de votação das eleições), independente de remuneração, e no art. 3º como qualquer um que concorra dolosamente para a prática do ato; (III) o dano em si, em suas três modalidades previstas nos art. 9º, 10º e 11 e (IV) o - agora finado - elemento subjetivo: dolo ou culpa.

Uma das maiores mudanças da reforma administrativa recai sobre o elemento IV. Uma vez que, hoje, não existe mais uma análise subjetiva sobre a conduta, apenas a objetiva: na figura do dolo.

Apesar de este já ser um posicionamento jurisprudencial antigo, voltado a configuração de pelo menos um dolo genérico, somente no final de 2021 foi positivado na norma a necessidade de um dolo específico.

Logo, atos culposos não atraem mais a incidência da LIA, em quaisquer das modalidades, isso está posto desde o §1º do art. 1º. Nesse sentido, destaca Marçal Justen Filho (2022, p. 36):

Apenas existe improbidade nos casos em que o agente estatal tiver consciência da natureza indevida da sua conduta e atuar de modo consciente para produzir esse resultado. Ou seja, a improbidade é uma conduta necessariamente dolosa. Assim se impõe porque a configuração da desonestidade depende da consciência e da vontade de violar um dever moral. [...] O que se afirma é que não existirá nem improbidade nem crime na hipótese de conduta não eivada de dolo.

Enfim, cada uma das formas de dano serão ainda aqui esclarecidas de forma mais específica, contudo, desde já destaco que para todas será necessário a comprovação de que o agente teve a intenção de gerar o dano, enriquecer ilícitamente ou ferir os princípios do direito administrativo.

3.3A NATUREZA JURÍDICA DA LEI DE IMPROBIDADE

A LIA foi amplamente reformada pela lei 14.230/2021, contudo, desde sua promulgação em 1992, ela já formava uma divergência na doutrina relativa a qual seria a sua natureza jurídica e o alcance de seus efeitos. Nesse sentido, José Delgado (2010) sistematiza em três correntes: (I) Uma que entende somente como civil em sentido *lato*: tendo apenas efeitos administrativos e patrimoniais; (II) Outra que compreende que os efeitos e a natureza seria meramente penal e, (III) por fim, uma 3ª que adota uma posição mista: a depender do caso concreto e de qual autoridade venha a fazer parte do polo passivo, a LIA poderá ter natureza penal (através dos crimes de responsabilidade) ou patrimonial/administrativa ou às duas ao mesmo tempo, a depender do caso.

Não obstante, destaco ainda o entendimento de Geovane de Mori Peixoto (2016, p. 268), o qual me parece ser a mais acertada acerca da natureza desta legislação e de todo o sistema que processa e julga a improbidade. Vejamos:

A natureza jurídica da improbidade administrativa está contida no direito administrativo sancionador, representando uma das facetas do exercício do *ius puniendi* estatal. Diversamente do que historicamente se defendeu no Brasil, a improbidade administrativa não tem natureza cível, nem tampouco híbrida (o que nada diz), muito menos penal (essa por expressa vedação constitucional, embora o casuísmo confunda e deixe transparecer grande similitude), mas sim de direito administrativo sancionador.

A improbidade administrativa, enquanto direito administrativo sancionador, tem uma forte aproximação de natureza com outro campo do Direito, qual seja o direito penal. Ambos possibilitam o Estado exercer a sua função punitiva, sancionadora, pela prática de ilícitos, e adentrar na esfera de liberdade individual (em sentido amplo).

Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho (2018, p. 1.105) entende que em se tratando do exercício do *ius puniendi* (onde o Estado, em nome do exercício do direito, pode e tem o poder coercitivo de punir) precisa da legalidade, que os atos estejam definidos em lei (tipificados), assim, a administração pública para sancionar vai precisar definir legalmente o que serão os atos ímprobos, é uma exigência constitucional.

No mais, Marçal e Geovane convergem ao colocarem que a LIA não trouxe a tipificação de forma concisa e restrita, como deveria ser feito quando o Estado está perseguindo e punindo alguém. Essa aproximação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal só existiu na teoria, pois na prática toda a lógica garantista do processo penal não foi espelhada no processo administrativo, abrindo, paradoxalmente, um espaço discricionário para o acusador que não pode existir.

A reforma da legislação inovou ao trazer a necessidade de demonstração de dolo na conduta do gestor, elemento que não era necessário na redação original, o que possivelmente reduzirá arbitrariedades na atuação do *parquet*, afinal, aumenta o ônus probatório. Ainda, tivemos a adição do art. 17-D, o qual nos diz expressamente que a natureza da lei é sancionadora, entendimento que antes não era amplamente aceito pelos estudiosos administrativistas, vejamos (BRASIL, 2021):

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e

paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Entretanto, devido ao curto espaço de tempo decorrido, uma vez que a nova lei foi aprovada no final do ano de 2021, ainda não temos uma vasta produção literária da doutrina sobre os reais efeitos da modificação. Esta releitura demanda tempo dos escritores, que em muito embasam seus posicionamentos a partir dos entendimentos jurisprudenciais, contudo, o poder Judiciário também ainda não conseguiu produzir o suficiente sobre a matéria para que se possa entender como consolidado o posicionamento acerca destas alterações. Apesar disso, já vemos que o legislador buscou sanar essa discussão, uma vez que até mesmo distingue a Ação de Improbidade da Ação Civil Pública, figuras ainda muito confundidas, concedendo uma autonomia à Ação por Improbidade, que ainda precisa ser absorvida e aplicada pelo sistema.

Ademais, quanto a natureza jurídica da figura da improbidade em si, a doutrina se divide em: (I) É civil (por isso o nome das “ações civis públicas”) e pode/deve, nas hipóteses previstas, ser cumulada com uma natureza a penal; e outra (II) que entende que seria só penal. Outrossim, Marçal Justen Filho (2018) diz que tem natureza própria, que se inclui dentro da perspectiva de um direito administrativo sancionador: dentro da ação de improbidade administrativa se busca o ressarcimento do prejuízo financeiro, cumulado com uma natureza indenizatória. O autor entende ainda por “Direito administrativo sancionador” como um conceito que restringe a ideia do direito administrativo somente aplicado pela sanção do agente público, mas em casos de ação civil pública quem vai sancionar é o judiciário, seja ao agente ou seja o particular que agir em conluio.

3.4 MODALIDADES DE DANO

Como já supracitado, a lei 8429 é o manual/guia da configuração da Improbidade Administrativa no direito brasileiro. Dessa forma, Di Pietro (2019, p. 1037), antes da reforma, destacava que os artigos 9º a 11 traziam um rol exemplificativo de condutas

que se enquadram naquele tipo, pois, uma vez realizado ato que não esteja ali previsto, a norma poderá incidir por força da abertura normativa do caput. Em consonância, justamente devido a essa textura aberta da norma que doutrinadores, como Geovane, entendiam que a norma estava excedendo sua competência, gerando uma forte insegurança jurídica, punindo sem prévia da conduta, contrário ao dispositivo constitucional.

Isto posto, destaco que há quatro modalidades de dano: (I) enriquecimento ilícito, (II) prejuízo ao erário, (III) concessão/aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e (IV) atentatórios aos princípios da Administração.

Contudo, devida a brevidade deste trabalho, analisaremos as situações descritas em I, III e IV, já levando em consideração que, para todas, agora cabe ao Ministério Público - e somente a ele, pois é atualmente o único legitimado para perseguir em Juízo - comprovar o dolo específico do agente em incorrer nestas condutas.

3.4.1 Enriquecimento Ilícito

Enriquecimento é o ato de tornar-se rico, ou seja, uma soma de capital, aqui, de forma injustificada e ilícita. Kiyoshi Harada (p. 304, 2002) conceitua esse tipo como a aquisição, para si ou para outrem, de bens e/ou valores desproporcionais à remuneração do agente.

Outrossim, o ilícito previsto no art. 9º e seus incisos da lei 8.429/92, se perfaz, principalmente, usurpando da máquina pública para receber vantagens pessoais, se relacionando diretamente com diversos dos princípios administrativos, principalmente o da moralidade e da impessoalidade, que serão *a posteriori* mais bem explorados.

De maneira simples, este tipo é o clássico do imaginário brasileiro: aquele gestor público que após eleito passou a viver *como rei*. O enriquecimento ilícito e a corrupção andam lado a lado, importa num acúmulo de capital às custas do Estado, já que o agente está ali recebendo uma contraprestação para entregar uma vantagem ao particular.

Por exemplo: como o filho do presidente da república, um senador, adquiriu uma mansão avaliada em seis milhões de reais? se recebe pelo cargo valor em torno de 34 mil reais? Esses questionamentos encontram abrigo nesta hipótese, esse artigo confere ao Estado a prerrogativa de fiscalizar os bens dos funcionários, se eles são compatíveis com o que recebem ou com sua evolução patrimonial. Nesse sentido, ensina Fazzio Jr (2008, p. 109):

Esta é a hipótese do funcionário que, no exercício de determinada posição administrativa ou logo após deixá-la, sem outros rendimentos, senão seus estipêndios, passa a usufruir de riqueza material discrepante com a evolução de seu patrimônio ou com sua remuneração e rendas. A demonstração de que tenha adquirido, no exercício do cargo, bens, cujos valores são superiores aos de sua renda, pode levar à caracterização de ato de improbidade, se restar evidenciado que a fortuna acrescida deriva de abuso do vínculo administrativo.

Em tempo, cabe destacar que esse tipo não se restringe ao agente recebendo diretamente um aumento de seu patrimônio, mas também ele utilizando/usurpando aqueles que são da coletividade. Esse entendimento é claro na leitura dos incisos do art. 11 da LIA, desde antes das alterações da 14.230/2021, a lei já trazia previsões proibindo o uso do acervo patrimonial da Administração para algo que não a realização do interesse público/ do Estado. Enfim, se busca aqui uma proteção completa: analisando as propriedades do servidor, se elas são compatíveis com a sua remuneração e coibindo o uso de modo particular dos bens quais tem acesso devido a sua condição de agente público.

Quanto à configuração do ilícito, Marçal Justen Filho (2022, p. 100) ensina que o agente precisa conscientemente buscar obter uma vantagem ou incorporar patrimônio, por força das alterações da reforma, onde não se admite mais a figura culposa do tipo.

3.4.2 Lesão Ao Erário

A lesão ao erário, prevista no art. 10 da LIA, caminha muito próxima ao enriquecimento ilícito, mas agora partindo diretamente da preocupação com o patrimônio da Administração: seja a sua dilapidação, desvio, apropriação ou

malbaratamento, nos termos do texto legal. Esse dispositivo busca evitar que o erário seja afetado justamente porque isso macula a própria coletividade, afinal, em uma sociedade capitalista, a liquidez das contas do Estado é essencial para realizar o interesse público no mundo dos fatos.

Outrossim, Ferraresi (2011, p. 92) destaca que o legislador escolheu utilizar a expressão “erário”, pois estava direcionado a todo o patrimônio com efetivo conteúdo econômico - financeiro. Contudo, esse entendimento não era pacífico, antes da reforma, a doutrina se dividia quanto ao alcance deste artigo, se atingiria somente o patrimônio público material, como já destacado ou também o imaterial como o ambiental, turístico e histórico, sendo a primeira corrente majoritária.

Superada essa discussão, esse ponto também trazia muita discussão sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por ela ter consolidado entendimento de alguns danos *in re ipsa* que configurariam essa modalidade, logo, dispensando a comprovação efetiva do dano. Vejamos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012; grifei):

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

Esse ponto era duramente criticado pela doutrina, a figura do dano *in re ipsa* já se perfaz problemática no ramo do direito civil, impossível ser de outra maneira no direito administrativo. Os estudiosos colocavam (Garcia, 2014, p. 411) que esse instituto

seria incompatível com o dispositivo supracitado, pois não se poderia presumir o dano, seria necessário que ele efetivamente ocorresse, também, o Autor pontuava que a distinção - já retromencionada - entre patrimônio público e erário seria irrelevante.

Nesta toada, percebemos como o legislador, através da lei 14.230/2021, abraçou essa ideia doutrinária, modificando o caput e adicionando a expressão “efetiva e comprovadamente”, encerrando essa discussão. Assim, Marçal (2022, p. 109), coloca que diante da necessidade dessa comprovação, foi então superado totalmente o entendimento do STJ.

3.4.3 Afronta Aos Princípios

Para se estudar a LIA, é preciso entender quais são os princípios que ela faz referência no art. 11, de modo particular os previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009), entende que a afronta aos princípios é “pior” do que a afronta às normas do sistema: implica em uma ofensa não apenas àquela ordem específica, mas a todos os comandos do ordenamento. Mello entende como a mais grave forma de ilegalidade/inconstitucionalidade, é uma insurgência contra todo o sistema jurídico brasileiro, subvertendo seus valores fundamentais, atingindo todo o arcabouço lógico, corroendo a estrutura mestra do constituinte. Ademais, como veremos mais a frente, a lei nº 14.230/2021 reformou esse artigo, trazendo agora um rol de hipóteses taxativas para configurar o ato.

3.4.3.1 Princípio Da Legalidade

O primeiro a ser destacado é a legalidade, ela é entendida por Celso Antônio Bandeira de Mello (2018) como o “princípio capital” do regime jurídico administrativo, é ele

quem caracteriza o Estado Democrático de Direito. É um epicentro axiológico que se contrapõe à "exacerbação personalista" dos governantes.

Contudo, a legalidade já foi em outros momentos históricos entendida em sentido estrito, onde a ação devia estar fundamentada tão somente na lei, mas, com a evolução do sentido de juridicidade, se tem mais do que a lei "pura", se inclui agora também as decisões judiciais. Toma-se, por exemplo, o STF no controle concentrado abstrato de constitucionalidade: se o tribunal já colocou tal ato como inconstitucional, não pode o gestor ir contra tal decisão, contudo, o vínculo é apenas entre a Corte e a administração pública, ou seja, poderia depois o legislador editar lei sobre a matéria.

Em tempo, destaco que este princípio nos traz a problemática da discricionariedade (que alguns entendem como um poder), figura que virá a ser tão discutida neste trabalho: no que tange aos atos do agente, ele não pode agir fora da legalidade, mas, em alguns casos ela mesma concede ao servidor um espaço, totalmente limitado, para que aja guiado pela conveniência e oportunidade, mas sempre buscando o interesse público. A legalidade pinta as bordas da discricionariedade.

É nesta linha de pensamento, que Mello (2019) entende que o "poder discricionário" não é um poder: é uma medida de liberdade decisória do gestor público dentro da legalidade. E quem dá a medida do grau de discricionariedade? A legalidade, que vai necessariamente parametrizar essa ação, todo ato será vinculado, e dentro da vinculação, à legalidade vai estabelecer um espaço decisório menor ou maior para o gestor, depende da matéria discutida e do objetivo que o legislador tinha a firma aquela norma e aquele universo decisório.

Ou seja, na prática, quem irá parametrizar politicamente as decisões da administração pública é o legislativo, pois, é a partir da legalidade que ela vai colocar o grau de abertura para o gestor (efetivando o sistema de freios e contrapesos). Todo aplicador da norma precisa do seu espaço de discricionariedade para tomar sua decisão, seja o gestor ou o juiz, mas, esse espaço se faz dentro da ideia de Eros Roberto Grau (2016) de "juízos de legalidade."

Ademais, esse princípio é uma das bases da formulação de duas importantes súmulas do STF sobre a matéria, são elas (I) a Súmula 346 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1963): "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos." e (II) Súmula 473 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1969): "A

Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

A partir deste entendimento jurisprudencial e, posteriormente, da edição da lei 9784/99, se consolidou o que já se tinha firmado doutrinariamente: a autotutela da administração, porém, não é este o ponto que busco explorar aqui. Em verdade, o que se pode também extrair deste entendimento, é que os vícios de legalidade podem ser revistos pela própria administração, independente de análise judicial, ainda, os atos podem ser revogados por motivo de conveniência e oportunidade, em consonância com o espaço criado legalmente para que o agente atue.

3.4.3.2 Princípio Da Impessoalidade

O princípio da Impessoalidade é o 2º previsto no caput do art. 37 da Carta Magna. Ele se desdobra em figuras como a imparcialidade e a igualdade, mas ainda vai se relacionar com o supracitado princípio da legalidade, pois, se o gestor está agindo de acordo com a lei, ele está sendo impessoal, se colocando numa perspectiva equidistante da situação fática.

Ademais, é utópico imaginar que o ser humano consegue ser 100% imparcial, por isso se busca pelo menos cumprir a igualdade formal e material, Mello (2018) entende que se procura evitar uma atuação infectada por nepotismo, vinganças e benefícios de cunho pessoal do agente, tendo ainda desdobramentos explícitos, como a exigência de concurso público como forma de provimento de muitos empregos públicos, por exemplo.

Outrossim, pode se entender estes princípios sob duas óticas: (I) a imparcialidade que têm como objetivo o interesse público, com a já supracitada visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, onde indivíduos não são privilegiados por serem "favoritos" e; (II) a imparcialidade retira do servidor a sua "marca pessoal" dos atos, ou seja, os atos administrativos são praticados pela Administração a qual o servidor pertence, é este o entendimento de Lindemberg (2014, p. 3).

É ainda nesta ótica explicitada em II, que a própria Constituição vai colocar no §1º do art. 37 a vedação à vinculação de obras públicas a figura pessoal do agente, ou seja, o gestor não pode se promover pelos feitos de sua gestão, ele está em verdade cumprindo com o interesse público, que é o que objetiva a administração.

3.4.3.3 Princípio Da Moralidade

O princípio da moralidade administrativa deve ser observado em cada ato do servidor ao exercer a sua função, é inclusive pressuposto de validade dos atos praticados, como entende Alexandre de Moraes (2005, p. 296), pois ela não se relaciona com uma moral “comum” e sim com a moral jurídica.

Lindemberg (2014, p. 2) destaca moral jurídica é o “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”, ou seja, não é o que o agente entende como “moral” ou “imoral”, é o que o grupo social percebe como honesto ou desonesto. Ainda neste sentido, o servidor tem que observar os padrões de um “bom administrador”, segundo Marinela (2005, p. 37).

Ademais, a lei 9784/99 vai trazer no seu art. 2º uma previsão que irá se relacionar diretamente com este princípio, pois, traz os elementos da probidade, do decoro e da boa-fé, essenciais para que se compreenda a moralidade, determinando a atuação do agente. Vejamos (BRASIL, 1999):

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, **moralidade**, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

IV - Atuação segundo **padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé**;

Enfim, é interessante perceber que apenas na Constituição de 1988 a moralidade veio a figurar como princípio explícito - o que não quer dizer que antes desta Carta os servidores poderiam agir sem seguir a moralidade -.

Ao colocar esta previsão expressa, o constituinte traz à luz a necessidade de responsabilização do administrador imoral - tema que ainda será mais a frente aprofundado neste trabalho - pois, em regra, o ato ímprobo irá atingir, indiretamente, a moralidade. Após 88 é perceptível que vai se construindo cada vez mais normas que destacam a importância de uma atuação moral e proba, como por exemplo as próprias já supracitadas leis 9784/99 e a LIA. Entretanto, vale ainda destacar o entendimento doutrinário de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 744), que iguala os conceitos dos princípios da probidade e da moralidade administrativa, mas também entende que essa paridade não se dá no plano das sanções para cada ilícito.

Diante deste cenário, há ainda o que se falar no entendimento de Geovane Peixoto (2016, p. 121) acerca deste princípio, uma vez que, à luz da redação original da LIA, vinha sendo utilizado de forma amplamente discricionária a fim de caracterizar os atos de improbidade. Carecia-se então que o sistema trouxesse balizas, buscando “regras definidoras” que evitassem que ele fosse usado para justificar uma persecução desnecessária, com grande discricionariedade do intérprete.

3.4.3.4 Princípio Da Publicidade

O princípio da publicidade, a priori, chega no constituinte de 88 como uma resposta aos anos de ditadura militar que o país estava superando, onde os atos administrativos praticados eram muitos realizados em sigilo, situação que até hoje gera problemas, conhecido como “os porões da ditadura”, onde pessoas eram colocadas sob tutela do Estado e simplesmente desapareciam.

A publicidade facilita o conhecimento do cidadão aos atos praticados, não é só publicar no diário oficial, mas disponibilizar todos os instrumentos possíveis para que o cidadão tenha acesso. Neste sentido, entende Hely Lopes Meirelles (2008, p. 89): “A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.”

Ademais, esse princípio exige que todos os atos da administração pública sejam sempre publicados para a sociedade, até mesmo pela perspectiva da governança

administrativa, para que haja um controle social sobre o funcionamento da administração pública. Ele só será excepcionado sob expressa previsão legal, como por exemplo, atos que envolvem a segurança nacional não devem ser públicos, se colocam restrições para a própria preservação da coletividade.

3.4.3.5 Princípio Da Eficiência

O princípio da eficiência foi introduzido pela reforma administrativa da Emenda Constitucional 98 em 1988, ela traz um conceito de eficiência que introduz na administração pública conceitos da administração privada, muito relacionado com uma boa administração.

Dentro da ideia de unidade e de uma constituição eclética, mas com bases sociais-democratas, se busca deste princípio o melhor atendimento das demandas da sociedade. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2000, p. 655) vai colocar que esse princípio é efetivado quando se realiza o melhor emprego dos recursos do Estado - sejam institucionais, materiais e/ou humanos - .

Também, Di Pietro (2000, p. 73) destaca a dupla atuação deste instituto: (I) Na busca pela máxima efetividade na atuação do agente, buscando realizar o interesse público; e, (II) Na organização da estrutura dos órgãos Administração, buscando ser o mais lógica possível, um dos primeiros entendimentos legais que demonstram como o país está abandonando a lógica burocrática e buscando a gerência.

Ainda neste sentido, consolida Ubirajara Costódio (1999, p. 210):

Identifica-se no princípio constitucional da eficiência três ideias: prestabilidade, presteza e economicidade. Prestabilidade, pois o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão. Presteza porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez. Economicidade porquanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao Erário público. Tais características dizem respeito quer aos procedimentos (presteza, economicidade), quer aos resultados (prestabilidade), centrados na relação Administração Pública/cidadão

Além do campo constitucional, podemos perceber a presença expressa deste princípio em diversos outros instrumentos do Direito Administrativo, como por exemplo: (I) no já referenciado art. 2º da lei 9784/99 que traz os princípios do processo administrativo e (II) nos princípios que regem o serviço público, onde o art. 6º §1º da lei (BRASIL, 1995) prevê que o “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, **eficiência**, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Ou seja, todo o sistema busca ser eficiente, pois, assim se pode alcançar de forma aprimorada atingir os objetivos da Administração.

3.5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CONFIGURAÇÃO DO DANO: RESP 1.558.030/PE E RESP 1.777.910/SE

Como já foi supracitado, a Lei de Improbidade traz expressamente quatro hipóteses de incidência da norma, contudo, os tribunais ainda trazem outros entendimentos a partir de suas interpretações do texto legislativo. Assim sendo, é interessante destacar duas interpretações do Superior Tribunal de Justiça sobre o conceito em si de improbidade, afetando diretamente o rol de hipóteses: o conceito (I) Inelástico e (II) elástico.

Para I, analisaremos o julgado no RESP 1.558.038/PE:

[...] Não ensejam o reconhecimento de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) eventuais abusos perpetrados por agentes públicos durante abordagem policial, caso os ofendidos pela conduta sejam particulares que não estavam no exercício de função pública. O fato de a proibidade ser atributo de toda atuação do agente público pode suscitar o equívoco interpretativo de que qualquer falta por ele praticada, por si só, representaria quebra desse atributo e, com isso, o sujeitaria às sanções da Lei 8.429/1992. Contudo, o conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do direito sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição. **Dessa forma, considerando o inelástico conceito de improbidade, vê-se que o referencial da Lei 8.429/1992 é o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar. Logo, somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros, efeitos incorrentes na hipótese.** Assim, sem pretender realizar um transversal enquadramento legal, mas apenas descortinar uma correta

exegese, verifica-se que a previsão do art. 4º, "h", da Lei 4.898/1965, segundo o qual constitui abuso de autoridade "o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal", está muito mais próxima do caso - por regular o direito de representação do cidadão frente a autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos (art. 1º) -, de modo que não há falar-se em incidência da Lei de Improbidade Administrativa. REsp 1.558.038-PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/10/2015, DJe 9/11/2015.

Levando em consideração que este julgamento ocorreu em 2015, logo, sob a égide da redação original da lei 8.429/92, à época, o Tribunal colocou como elementos necessário do ato de improbidade a lesão ao erário ou o enriquecimento ilícito do servidor, ignorando a hipótese da legislação da violação aos princípios. Neste momento, o STJ entendeu que o ilícito somente restaria configurado se os cofres públicos fossem atingidos, ainda que desrespeitados os princípios administrativos.

Porém, apesar deste posicionamento adotado, no mesmo ano, o tribunal novamente se manifesta trazendo um (II) conceito elástico para a improbidade. Vejamos no julgamento do RESP 1.177.910/SE:

[...] O art. 11, I, da mesma lei, reitera que configura improbidade a violação a quaisquer princípios da administração, bem como a deslealdade às instituições, notadamente a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento. Tais disposições evidenciam que o legislador teve preocupação redobrada em estabelecer que a grave desobediência - por parte de agentes públicos - ao sistema normativo em vigor pode significar ato de improbidade. [...] É certo que o STJ, em alguns momentos, mitiga a rigidez da interpretação literal dos dispositivos acima, porque "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30-AM, Corte Especial, DJe 28/9/2011). A referida mitigação, entretanto, ocorre apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo. [...] Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que **o ato ímprobo é, muitas vezes, um fenômeno pluriofensivo, ou seja, ele pode atingir bens jurídicos diversos. Ademais, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar-se de interesse público, e da própria Administração em si, a proteção da imagem e das atribuições dos entes/entidades públicas. Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade administrativa. Afora isso, a tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem outro reflexo jurídico imediato [...]** Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento"

–, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. Precedente citado: REsp 1.081.743-MG, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015. REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015, DJe 17/2/2016. 1ª Seção.

Percebemos aqui uma posição totalmente contraditória quanto a interpretação do conceito de improbidade administrativa. Em I, o entendimento foi totalmente restritivo para que o ilícito fosse caracterizado somente se houvesse gasto do dinheiro público, mas em II o tribunal voltou a admitir a hipótese de violação aos princípios.

Ainda que o caso analisado em II seja realmente uma situação muito grave, pois um grupo de policiais teria torturado presos, há diversos outros possíveis enquadramentos da conduta e, o tribunal entendeu que a Improbidade seria uma delas, mas, em I, coloca expressamente que o mesmo tipo só se classifica se há vilipêndio ao erário, o que não ocorreu em II.

Enfim, não havia consenso sobre as hipóteses, causando uma grave insegurança jurídica, uma vez que são requisito essencial para guiar a atuação e perseguição em juízo do Ministério Público em busca da configuração ou não do ilícito administrativo.

4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB ÉGIDE DO TEXTO ORIGINAL DA LEI 8.429/92

A atuação do Ministério Público sob a égide do texto original da lei 8429/92 está inserido, no que a doutrina entende, como uma das fases de uma das espécies de controle da Administração. Sobre este tema, temos três espécies: (I) Controle legislativo, que existe em razão de funções específicas constitucionais de fiscalizar às contas das autoridades, por exemplo, auxiliado pelo Tribunal de Contas; (II) o próprio controle interno administrativo, que baliza e revê os seus atos, por força da Autotutela; (III) o controle judicial, que é a submissão dos atos da administração pública à análise judiciária, justamente aparecendo aqui a figura da ação de Improbidade.

Dessa forma, esse trabalho busca explorar essa 3ª espécie, de forma mais específica a atuação do promotor. Ainda que o Ministério Público e Juiz não se confundam, o *parquet* é entendido como essencial as funções da justiça, por isso, será aqui enquadrado nesta categoria. Logo, lidamos aqui com três figuras: o Agente Público que teoricamente cometeu o ilícito, o Promotor de Justiça e o Magistrado.

Assim, a principal via de provocação do judiciário para controle dos atos administrativos é através das Ações de Improbidade (AI) ou Ações Cíveis Públicas de Improbidade (ACP). Contudo, como quase tudo neste tema, até o nome da ação era e é - após a reforma administrativa - controvertido, a doutrina diverge no sentido da AI não ser uma ação regida pela lei 7347/85 e sim somente pela 8429/92, uma ação própria.

A priori, vamos analisar os conceitos de cada uma. Humberto Theodoro Júnior (1991, p. 51) nos ensina sobre as ACPs: “é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses, pouco importando qual seja a solução a ser dada pelo juiz”, ou seja, nos termos do art. 1º da lei 7347, ela busca a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados a interesses difusos e coletivos, dentre eles, o erário, também protegido pela LIA. Logo, autores como Arnaldo Rizzardo (2012, p. 368) entendiam que, devido à identidade de objetos, não haveria o que se falar nesta

diferenciação, nomeando a ação como “Ação Civil de Improbidade”, espécie integrante do gênero

Em sentido contrário, outros doutrinadores entendiam que a própria natureza da Ação de Improbidade impediria a fungibilidade com a Ação Civil Pública, uma vez que, a AI atrai uma posição punitiva e sancionadora do Estado. Nessa toada, afirmou Teori Zavaski (2017, p. 101):

O ponto de referência, aqui (ação civil pública), já não é o de preservar ou recompor o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade. (...) Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades. Sob esse aspecto, ela é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular

Independente da nomenclatura que é dada, é por meio deste mecanismo judicial que o MP irá perseguir em juízo supostas improbidades. Entretanto, em 2021, a questão foi solucionada pela legislador, como já mencionado, contudo, ainda é preciso observar se a discussão será efetivamente superada na prática.

O ordenamento coloca o *parquet* como um representando do próprio Estado e dos interesses da coletividade, que por sua vez, existe, dentre outras coisas, para defender o cidadão e goza, e deve gozar, de prerrogativas suficientes para isso, como entende Phillip França (2016, p. 116), o Ministério Público é uma grande garantia a todos os brasileiros.

É justamente em prol dessa defesa, que se busca aproximar o órgão da sociedade, é tanto, que é possível, por exemplo, ao administrado procurar a promotoria de justiça e relatar Notícia de Fato que poderá levar a instauração de um Processo Administrativo, seguido de um Inquérito Civil e posteriormente de uma ação judicial, caso assim entenda o promotor responsável. Cabe a ele analisar as hipóteses da lei 8429/92 em conjunto com as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público - que serão mais a frente analisadas - e formar seu convencimento se a situação em concreto caberá a provocação do judiciário¹.

Dessa forma, entende Caio Tácito (1975, p. 136):

¹ Situação similar ao convencimento que forma quanto recebe um Inquérito Civil, onde precisa formar e expressar seu convencimento de que o ordenamento foi ferido.

O controle da legalidade da administração não é, afinal, monopólio ou privilégio de ninguém. Dele compartilham os vários poderes do Estado. Dele se utiliza qualquer do povo quando ferido em direito seu ou em interesse legítimo. A defesa da ordem jurídica é, sobretudo, um dever de cidadania: a mística da lei e a fidelidade ao interesse público são a essência mesma da sociedade livre e moralizada. O culto à liberdade não se coaduna com a tolerância do arbítrio ou aceno à violência. A legalidade não é uma simples criação de juristas, dosada em fórmulas técnicas e símbolos latinos. É o próprio instinto de conservação da comunidade. A todos incumbe, assim, o dever elementar de vigilância, a paz social traduzida na lei e no direito.

Logo, percebemos que esse controle é necessário, pois o sistema de leis no Brasil é claro ao afirmar quais serão os espaços onde o gestor fará uma análise de conveniência e oportunidade, que não pode ser extrapolado, contudo, em certos casos, não cabe ao Promotor tentar controlar qual seria o melhor interesse público, essa competência é administrativa.

Não há aqui uma contradição e sim uma oxigenação do sistema, a legalidade cria o espaço discricionário e dá ao MP às prerrogativas para evitar abusos, porém, perceba que o Ministério também pode se exceder na sua gerência, nos levando a um paradoxo muito discutido no direito penal: quem controla o controlador? Ao final deste trabalho buscaremos uma resposta.

A importância de toda essa discussão é o reflexo dela nos atos da Administração. A ideia de Di Pietro está em consonância com outro grande doutrinador do direito administrativo: José Santos Carvalho Filho (2007, p. 809), que assegura que os mecanismos de regulação em verdade trazem uma garantia aos administrados e a própria administração, pois se passa a buscar totalmente o interesse público, sem que fique sujeito a análise de direitos subjetivos dos indivíduos e nem as diretrizes administrativas. É nesta ideia ainda que Carvalho Filho entende que o controle tem natureza de direito fundamental e não pode ser dispensado e nem recusado, devendo ser exercido em todos os níveis de poder dos órgãos.

Partindo deste entendimento, a Carta Magna vai trazer outra classificação e dividir as esferas de controle administrativo: interno e externo. O interno é entendido por Jean Nogueira (2004) como um meio de cumprimento da legalidade e da boa administração, para estimular a ação dos órgãos a: checarem a conveniência e a oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público, a

proporção custo-benefício na realização das atividades e a eficácia das soluções de problemas adotados.

Ainda sobre o controle interno, Patrícia Cardoso Rodrigues de Souza (2004, p. 564) traz que a administração ajusta os seus atos para que se mantenham dentro do ordenamento vigente, para isso, têm a sua disposição os institutos da: Fiscalização hierárquica, homologação, aprovação, revogação, invalidação, fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, todas de maneira interna e já previsto os seus objetivos no art. 74 da CF/88.

Porém, esse tipo de fiscalização não se encerra com a relação administração - administração, ela também pode ser provocada pelo particular pelos recursos administrativos. Um ato da administração pode ser impugnado pelo particular por essa via, essa é inclusive previsão constitucional do direito de petição.

Outrossim, para o controle externo o paradigma irá mudar e será onde esse trabalho se concentra. Ele se coloca totalmente alheio aos meios administrativos através de estruturas como o Tribunal de Contas, o judiciário e o próprio Ministério Público. Nesse sentido, entende Guerra (2005):

O controle externo é aquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado, tendo por finalidade a efetivação de mecanismos, visando garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, porquanto a Administração Pública deve ser fiscalizada, na gestão dos interesses da sociedade, por órgão de fora de suas partes, impondo atuação em consonância com os princípios determinados pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, publicidade, motivação, impessoalidade, entre outro.

Ademais, a doutrina já conseguiu colocar quais são as principais tendências da administração, afinal, ela passou por toda uma mudança histórica de paradigma: de uma formação burocrática para uma gerência que visa a governança e máxima efetividade dos serviços, assim, são estes os guias de sua atuação proba e eficaz. Nogueira (2004) irá colocar 6 principais norteadores:

(I) democratização de práticas políticas: maior participação direta do povo nas decisões; (II) crescimento da atuação do Ministério Público: agora atuando não só regulando a legalidade como também a finalidade; (III) maior aplicação dos princípios para que as decisões sejam tomadas de maneira mais justa e harmônica com o ordenamento; (IV) fortalecimento da ideia de uma administração pública consensual;

(V) uma nova ideia para o famigerado princípio da legalidade: maior guia do direito administrativo, não mais se restringe a literalidade da lei, agora ela precisa estar abarcada pela = constitucionalidade/legitimidade/juridicidade e; (VI) proteção à segurança jurídica.

Assim sendo, só haverá necessidade de repressão aos atos que forem contrários a esses ideais. Nessa toada, percebemos que a doutrina em muito explora esse tópico, contudo, ainda precisamos analisar de forma específica o controle realizado pelo Ministério.

Não obstante, é ainda interessante observar o seu crescimento nos últimos e principalmente após a figura da Constituição de 88 que cita às suas funções no artigo 129 e concede a sua independência funcional. A instituição é hoje uma das maiores na defesa do Estado Democrático e têm tido sua atuação empoderada nos controles dos atos, como já foi supracitado, visando justamente blindar o sistema contra os atos de improbidade administrativa, um verdadeiro papel de “*ombudsman*”, termo sueco que, segundo Marco Caminha (2000), é entendido como “comissário da justiça” e tem como função:

Consiste no controle das atividades atinentes aos três Poderes (parlamentar, ou político, administrativo e judiciário), sobretudo ao Poder Executivo. O ombudsman possui o objetivo de remediar lacunas e omissões, bem como assegurar que os Poderes respeitem as regras postas e não se imiscuem nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos.

É tanto que uma das características dos atos administrativos é a presunção de veracidade que é concedida aos agentes públicos, todo funcionário público tem fé pública. É dever dele agir de acordo com a legalidade, sob a pena de resposta administrativa pelos seus atos, visando justamente garantir a noção de confiança: ela deve ser recíproca entre agente público e cidadão.

Assim sendo, percebe-se que o principal legitimado - e agora com as alterações é o único - para ajuizar Ação Civil Pública (ACP) por Improbidade Administrativa é o Ministério Público. Todo o sistema se conecta, fruto do seu papel de “*ombudsman*”, logo, recai para o promotor mais esse dever de compreender e aplicar a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), ou seja, ele tem que estar a par da legislação, da doutrina e da jurisprudência para que possa investigar, ajuizar e perseguir em juízo eventuais

infratores, como previu a Constituição. Nessa toada, este trabalho busca esclarecer as alterações que foram colocadas pela lei 14.230/2021 que modificou a sistemática.

4.1 RESOLUÇÃO 174 E RESOLUÇÃO 23 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pois bem. Como elucidado acima, os promotores acumulam diversas funções, logo, o órgão máximo do Ministério Público (CNMP) se esforça para sistematizar minimamente a atuação dos funcionários, principalmente em âmbito estadual, onde cada unidade da federação conta com uma lei própria que organiza seu órgão. Em primeiro plano, precisamos destacar que a constitucionalidade deste conselho, quanto ao controle da legalidade dos atos de seus membros e a expedição de atos regulamentares, está expressamente prevista na Constituição no art. 130-A, §2º, II, nos seguintes termos (BRASIL, 1988):

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II Zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas

Nesse sentido, Lenio Streck (2006, p. 1) nos ensina que apesar deste poder “regulamentar” concedido pelo constituinte, não há “carta branca” para o órgão invadir a reserva parlamentar e no conteúdo de suas regulações. Ou seja, a “discricionariedade” concedida para criar resoluções está, mais uma vez, limitada pela “impossibilidade de inovar” e de restringir direitos, nas palavras do Autor.

Outrora, surge a Resolução 174, disciplinando a instauração e tramitação das notícias de fato e procedimentos administrativos, essencial neste trabalho para entender como se dá a atuação do órgão frente ao processamento dos possíveis ilícitos administrativos.

A priori, é preciso esclarecer o trâmite que deve/pode ocorrer antes da petição inicial em uma Ação de Improbidade Administrativa. Há um percurso administrativo, que pode tramitar internamente no Ministério Público, por força do art. 129 da Constituição e da própria LIA.

Como já referenciado, o parquet atua pela e para a sociedade. Assim, a Resolução 174 vai nos trazer o conceito de "Notícia de Fato", um dos meios de instauração de processo de administrativos² para elucidar fatos acerca de possíveis improbidades, onde o cidadão pode provocar o órgão. Vejamos o art. 1º (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017):

Art. 1º A Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.

Em decorrência disso, o responsável irá analisar se a notícia de fato (aqui, relacionado a um ato ímprobo, especificamente) deve ser (I) arquivada ou (II) convertida em procedimento administrativo. Com um prazo de 30 dias, prorrogáveis por até 90, o promotor irá decidir.

O art. 4º nos traz às hipóteses de arquivamento, são elas: se o fato já for objeto de ação judicial ou já se encontrar solucionado, a lesão for insignificante, não houver elementos probatórios mínimos ou o fato poder ser solucionado "em uma atuação mais ampla e mais resolutiva" (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, p. 3, art. 4º, §5º).

De mais a mais, havendo indícios de autoria e materialidade, poderá ser instaurado via portaria procedimento administrativo, no caso aqui estudado, mais especificamente para os casos de improbidade, após a conversão, poderá ocorrer a

² Esse procedimento também pode ser instaurado de ofício pelo membro e está previsto no art. 14 da Lei nº 8429/92.

instauração de um procedimento preparatório em inquérito civil, nos termos do art. 10 da resolução 174.

Pois bem, o procedimento preparatório, como o nome já nos indica, pode levar ao ajuizamento de um inquérito civil, previsto na resolução nº 23 do CNMP³. Nesse sentido, temos em seu art. 2º, §4º (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, p. 2):

§ 4º O Ministério Público, de posse de informações previstas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 7.347/85 que possam autorizar a tutela dos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, poderá complementá-las antes de instaurar o inquérito civil, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto, instaurando procedimento preparatório.

Percebemos aqui então, que o CNMP ignorou a discussão doutrinária acerca da nomenclatura quanto às ações de improbidade, pois, somente traz referência à lei nº 7347/85 e não diretamente a nº 8429/92. Mas enfim, o procedimento vem, pretérito ao inquérito, para colher as informações preliminares.

Em tempo, cabe destacar que todas estas etapas são opcionais, o promotor não precisa passar por todas para que possa provocar o judiciário, contudo, a orientação do órgão máximo vem para uniformizar as condutas dos parquets, quando os promotores ainda estão investigando o fato e colhendo evidências que irão substanciar eventual ação. Enfim, recapitulando, nesse cenário, o promotor, de ofício ou após receber a notícia de fato, pode transformá-la, via portaria, em um procedimento administrativo (preparatório de inquérito civil ou PPIC), que deverá ser concluído em no máximo 90 dias - renováveis por mais 90 -.

Apesar da resolução não fazer referência à LIA, a Lei faz referência a esse procedimento. Ironicamente, há um espaço discricionário ao promotor para escolher os caminhos que irá seguir no âmbito administrativo e/ou judicial, limitada pela legalidade e pela juridicidade. Contudo, precisamos nos atentar à natureza do inquérito civil (IC) e do PPIC.

³ E positivado nos artigos 22 e 23 §2º da LIA, como veremos mais à frente.

4.2 A REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 22 DA LIA, O INQUÉRITO CIVIL E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Adentrando agora o campo do inquérito civil, a priori precisamos destacar que, além da resolução nº 23 do CNMP, a LIA, desde a sua redação original, já trazia essa previsão acerca de um procedimento administrativo interno, sem fazer referência direta a essa figura. Vejamos (BRASIL, 1992):

Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

Ainda, vejamos o que diz o supracitado artigo 14 (BRASIL, 1992): “Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.” Ou seja, a representação pode/poderia ocorrer tanto para a autoridade administrativa, por força deste artigo, ou diretamente ao MP através da Notícia de Fato.

Entretanto, é preciso aqui de forma subsidiária, destacar que a representação a autoridade, pode levar a instauração de um processo administrativo guiado pela lei 9784, dentro do órgão ao qual o servidor é vinculado, diverso daquele instaurado pelo *parquet*, o qual será primordialmente coordenado pelas resoluções do CNMP. De qualquer forma, se extraía do caput do art. 22 o entendimento de que ambos estariam ali abarcados.

Enfim, retomando, percebemos que a legalidade concedeu ao Ministério Público tal prerrogativa através do art. 8º §1º da Lei 7347/85 e o art. 129, III da Constituição Federal/88. O PPIC e o próprio IC⁴ são formas das promotorias iniciarem investigações preliminares sobre os ilícitos, que vão consubstanciar a argumentação de uma futura ação judicial.

⁴ Aqui, vemos o que seria talvez a maior expressão do arcabouço lógico de um direito sancionador: o uso de um modelo inquisitorial para apuração de um ilícito administrativo, tal qual temos no direito penal a figura do inquérito policial para apurar um ilícito penal, o qual encontra alguns pontos de convergência com o inquérito civil.

Em princípio, precisamos entender o que é um inquérito civil. Nos ensina Hugo Nigro (2015, p. 511):

O inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra ação a seu cargo.

Ele é uma função institucional do órgão, e será dividido em três etapas: (I) Instauração, (II) instrução e (III) conclusão. Contudo, tal qual no inquérito policial, aqui não contamos com figuras como a ampla defesa e o contraditório, inclusive o Inquérito pode correr em sigilo, caso seja necessário para a proteção dos direitos ali tutelados. Apesar deste entendimento não ser pacífico na doutrina, é majoritário, já tendo sido inclusive confirmado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Pois então, quando concluso, teremos três opções, a depender da gravidade da conduta, à luz ainda da resolução nº 23: (I) o arquivamento, sujeito a homologação do Órgão Superior; (II) propositura da ação ou (III) firmar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Sobre este último, o art. 14 da Resolução determina:

O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

O TAC foi bem recebido pela doutrina, afinal, até mesmo na área penal já tínhamos a possibilidade de soluções negociadas, carecia aqui a inserção dessa figura, anteriormente vedada pelo art. 17§1º da LIA, também para desafogar o judiciário, à luz do princípio da eficiência.

Nessa seara, surge a resolução 179 também do CNMP, novamente tentando uniformizar o procedimento, trazendo a permissão para o uso em casos de improbidade no art. 1º, §2º. Apesar de ainda penderem discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do TAC, essa figura é utilizada como uma forma de, literalmente, ajustar a conduta do agente para evitar ou suspender a ofensa a um

direito, no caso *in tela* contra a moralidade administrativa. Ele pode ser firmado no meio da ação, tendo assim homologação judicial, ou antes dela.

De mais a mais, cabe destacar aqui também o entendimento de Emerson Garcia⁵, o qual entendeu que esse acordo só poderia ser celebrado naqueles “ilícitos administrativos de menor potencial ofensivo”, vejamos:

Seria interessante e conveniente facilitar a reparação do dano causado ao patrimônio público, a possibilidade de uma “transação” nas hipóteses que poderíamos chamar de “atos de improbidade de menor lesividade” ou de “menor potencial ofensivo”, como, por exemplo os atos culposos e os omissivos que, de modo geral, menores prejuízos causam ao patrimônio coletivo, incidindo as mesmas razões relativa a condutas dolosas causadoras de danos de pequena monta, devidamente definidas pelo legislador. Tal transação, cujos parâmetros devem ser fixados rigidamente pela lei de modo a impedir qualquer tipo de discricionariedade pelos operadores, poderia importar, cumulativamente, no ressarcimento integral do dano e no pagamento de multa civil e ainda, sendo o caso, na própria proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios.

Aqui, vemos novamente que a doutrina colocava o Termo até mesmo como uma solução diversa às graves sanções impostas pela LIA, sobretudo para situações em que o agente não tinha dolo em suas ações.

Apesar de não ser o foco deste trabalho se debruçar sobre todos, é interessante perceber quantas opções o promotor tinha/tem ao se deparar com um ato de improbidade: ajuizar ação, promover procedimento preparatório e/ou inquérito civil, arquivar - após o crivo do órgão superior -, firmar termo de ajustamento de conduta... dentre outras figuras que não foram aqui discutidas como o Acordo de Não Persecução Civil. Enfim, diante de tantas opções, precisaremos destacar as interferências do judiciário nessa celeuma ministerial.

4.3 LIMITES COLOCADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como supracitado, o poder judiciário vem, em resposta às atuações ministeriais, controlar este controlador e firmar entendimentos acerca de quais seriam as melhores interpretações sistemáticas de acordo com as leis e resoluções. Logo, este capítulo

⁵ Anterior às alterações da 14.230/2021.

busca analisar posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça quando se depara com algumas das figuras do subtópico anterior. Em tempo, destaco que esta breve análise não têm potencial de esgotar todos os entendimentos e busca demonstrar quais eram estes antes das alterações causadas pela lei nº 14.230/2021, como já foi dito, ainda não há uma vasta produção jurisprudencial sobre a matéria para que possamos firmar quais foram/serão às mudanças de entendimento.

Desta forma, vejamos este julgado em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, onde o Autor impetrou o remédio constitucional tentando sustar Procedimento Preparatório de Inquérito Civil diante da instauração de Inquérito Policial para analisar o mesmo fato (grifo meu, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA QUE BUSCA IMPEDIR O DESENVOLVIMENTO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR AO INQUÉRITO CIVIL PARA APURAR SUPOSTA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADA, EM TESE, PELO DEFENSOR PÚBLICO. DEVER CONSTITUCIONAL E LEGAL DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Na origem, foi impetrado Mandado de Segurança contra investigação preliminar instaurada pelo Ministério Público para apurar a prática, **em tese, de ato de improbidade pelo Defensor Público da comarca, que teria apresentado atestado médico firmado por sua esposa, recomendando dois dias de repouso, não obstante tenha o causídico sido encontrado no mesmo dia trabalhando nas dependências do foro local, o que sugere tenha ele se servido desse expediente apenas para frustrar a realização de sessão plenária do júri na qual estava designado para atuar.** 2. Estando o Ministério Público constitucional e legalmente vocacionado à defesa dos interesses difusos e coletivos (art. 129, III da CF/88 e arts. 8º e 9º da Lei 7.347/85), não há ilegalidade alguma na instauração de **procedimento investigatório preliminar voltado à apuração de suposto ato de improbidade, o que revela apenas o estrito cumprimento de um dever legal** que foi exercitado com absoluta cautela. Precedentes. 3. No caso, os próprios recorrentes transcrevem excertos do processo que evidenciam a presença de justa causa para a deflagração daquela investigação, que se reveste, portanto, de absoluta legalidade, razoabilidade e prudência, uma vez que o Promotor de Justiça local procurou colher elementos prévios de informação antes mesmo da instauração do inquérito civil, justamente com o propósito de zelar pelos valores da intimidade e da preservação da imagem em relação aos quais os impetrantes reclamam proteção. 4. **Ademais, tanto o ordenamento jurídico como a jurisprudência do STJ reconhecem a independência entre as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa, de modo que não socorre os impetrantes a inconformidade quanto à simultaneidade de procedimentos investigatórios para apurar o mesmo fato, especialmente porque são diversos os objetos da investigação civil e policial** (a primeira tendente a verificar ato de improbidade e a segunda, ilícito penal). Precedentes. 5. Recurso Ordinário não provido.

(STJ - RMS: 37679 RR 2012/0075523-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2015)

Vejamos aqui, três pontos importantes: (I) Garantido o contraditório e a ampla defesa, partindo da suposição que os fatos realmente sejam os trazidos na ementa, o quão distorcido está o funcionalismo brasileiro?⁶ Curioso o caso de um defensor público sob acusação de improbidade administrativa, onde ele busca evadir-se de seu dever legal perante um Tribunal de Júri usando um atestado falso, dado por sua esposa;

(II) Mais uma vez, percebemos que a discussão acerca da Ação por Improbidade ser autônoma e exclusiva da lei nº 8429/92, diversa das Ações Cíveis Públicas reguladas na lei nº 7347/85, se mantém apenas no espaço doutrinário/acadêmico, pois, o STJ, assim como o CNMP, tratam o tema da mesma forma.

(III) Seguindo o entendimento já sumulado pelo STF, o STJ vem e reforça a ideia de uma independência entre as condenações por ilícitos cíveis, penais e administrativos. Importante destacar que esta ementa traz um cuidado com um exercício proporcional da função do promotor.

A seguir, vejamos o posicionamento adotado acerca dos requisitos de admissibilidade impostos à peça exordial de uma Ação de improbidade, tal qual de uma Denúncia penal, também apresentada pelo Ministério Público, exige-se justa causa. Vejamos (grifo meu, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020):

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO NO ARESP. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE ADMISSIONAL DA LIDE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INCURSO NO TIPOS DOS ART. 10 E 11 DA LIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS ILEGAIS QUE TERIAM LESADO, EM R\$ 8.573.068,00, O PATRIMÔNIO DE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA DA CEDAE, EMPRESA PÚBLICA DE ÁGUA E ESGOTO FLUMINENSE. AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FORAM UNÂNIMES EM CONSTATAR QUE A LIDE **POSSUI OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS A QUE SEJA AO MENOS PROCESSADA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA.** LIBELO ANCORADO EM INQUÉRITO CIVIL, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO DA CVM E RELATÓRIO FINAL DA CPMI DOS CORREIOS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 8.429/1992. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por ato de improbidade consubstanciado na suposta prática de **operação financeira ilegal na Bolsa de Mercadorias e Futuros da IBOVESPA, que teria supostamente gerado prejuízo no valor de R\$ 8.573.068,00 ao patrimônio de entidade fechada de previdência privada, instituída pela**

⁶ Carecemos de estudos que retratem em números essas “pequenas” corrupções, restando o senso comum de ser “o jeitinho brasileiro”, totalmente contrária a uma cultura de probidade e zelo com os bens públicos. Aqui, destaco o trabalho feito na conclusão do curso de economia na Universidade Federal do Rio de Janeiro, da aluna Renata de Oliveira Nunes: “A DIFICULDADE DE MENSURAÇÃO DA CORRUPÇÃO E O CASO DA PEQUENA CORRUPÇÃO”, disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8372/1/RONunes.pdf>

Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE, empresa pública integrante da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, o que ensejaria o incurso dos acusados nos tipos dos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/1992. 2. A controvérsia cinge-se em exercer **controle de legalidade acerca da fase de admissão das ações de improbidade**. Insurge-se a parte agravante contra decisão unipessoal que manteve o acórdão confirmatório da decisão de Primeiro Grau que recebeu a petição inicial e determinou o processamento da ação de improbidade. 3. **As Ações Civis Públicas de Improbidade Administrativa, por possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, assemelham-se às ações penais e exigem, dessa maneira, um quarto elemento para o preenchimento das condições da ação - e conseqüente viabilidade da pretensão do autor: a justa causa, correspondente a um lastro mínimo de provas que comprovem a prática da conduta ímproba (materialidade) e indícios de autoria do imputado**. 4. Certo é que o art. 17, § 8o. da Lei 8.429/1992 permite que o Juiz estancue, de ofício, o curso da lide de improbidade, isso já no pórtico da iniciativa do autor, logo após contraditório preliminar, breve e sumário, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. 5. **Inegavelmente, a prudência e a diligência esperadas do promovente da sensível ação de improbidade também são dirigidas ao Juiz, que, na formação de um juízo preliminar de plausibilidade de sucesso da iniciativa processual, não deve se deixar impressionar pela veemência da argumentação autoral, por mais elevados que sejam os seus propósitos**. 6. Por conseguinte, este Tribunal da Cidadania, em consagração ao mais lúdimo garantismo, tem prestigiado a **tese de necessária fundamentação da decisão deferitória do processamento de ações de improbidade administrativa**. Precedentes: AgRg no REsp. 1.454.702/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 27.11.2014; AgRg no REsp. 1.423.599/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 16.5.2014. 7. Na espécie, o Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório que se represou no caderno processual - gize-se, impermeáveis a modificações em sede de recorribilidade extraordinária -, atestou que **a causa de origem deveria ser ao menos processada quanto à pretensão de reconhecimento de conduta ímproba, considerando que os fatos narrados na inicial apresentam materialidade e indícios mínimos de autoria lastreados no vasto acervo probatório contidos em Inquérito Civil (4.266), em Inquérito Administrativo CVM 13/2005 e em Relatório Final da CPMI dos Correios (fls. 110)**. 8. Ao que se deduz da fundamentação expendida pela Corte Fluminense, não ocorreu violação alguma do art. 17, § 8o. da Lei 8.429/1992, pois, de acordo com a moldura fática adveniente do aresto de origem, **a espécie conta com elementos indiciários suficientes para sua aferição pelo Poder Judiciário em processamento da lide sancionadora**. 9. Agravo Interno do Particular a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no AREsp: 1029307 RJ 2016/0322796-7, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 20/04/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2020)

Aqui, a Corte partiu do pressuposto de que essa ação têm um caráter excepcional uma vez que se trata do Estado buscando uma sanção, como já entendia Geovane Peixoto. Logo, cabe ao juiz fazer um juízo de admissibilidade, tal qual realiza quando do ajuizamento de ações penais.

Necessário também perceber, que o caso foi ementado falando em quatro condições da ação, mas não às do processo civil - legitimidade ad causam, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido - mas do processo penal, são elas: suposta prática do fato criminoso, punibilidade concreta, legitimidade das partes e a justa causa. Assim, vemos que o julgador lastreia essa última não em um inquérito policial, mas sim no inquérito civil e no relatório do Comitê de Valores Imobiliários⁷. Logo, a jurisprudência caminha cada vez mais na busca de garantias para os administrados, necessária às áreas do direito que envolvem um poder sancionador do Estado.

Ademais, no que tange especificamente acerca da Justa Causa, essa figura foi muito debatida e controvertida no auge da operação Lava Jato, ainda que no âmbito de atuação do Ministério Público Federal - sujeito que não é o foco deste trabalho -. Pois, como explicitado alhures, é uma quarta condição de uma ação que não diz respeito ao direito penal, exigindo do magistrado um juízo de prelibação não visto em nenhuma outra ação do ordenamento brasileiro, como entendido por Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Henrique Carvalho Schiefler (2017, p. 10)

Apesar de não ser objeto de estudo aqui, a LIA traz uma série de sanções. Não é porque não temos, na seara administrativista, a possibilidade de prisão para estes ilícitos que não estamos falando de uma forte imposição do Estado, que muitas vezes vai devassar a intimidade do servidor na busca pela configuração da infração, através de figuras como o IC ou um procedimento administrativo disciplinar, ambos já destacados aqui.

Essa seara há muito já é visada por grande parte da doutrina. Assim como no direito penal se limita a atuação do acusador, aqui também precisamos dessas restrições. O Estado Democrático de Direito não pode admitir excessos de poder da Administração Pública.

Agora, vejamos a situação deste Recurso Especial, onde o Termo de Ajustamento de Conduta foi firmado e homologado em juízo, contudo, a sentença de homologação condicionava o desbloqueio de recursos, destaque: seis milhões de reais, ao trânsito em julgado, para que pudessem ser utilizados no orçamento da educação da cidade

⁷ novamente essa interseção entre instrumentos administrativos, seja da CVM ou do MP, lastreando a perseguição punitiva estatal.

de Canapi, no estado do Alagoas (grifo meu, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021):

RECURSO ESPECIAL Nº 1948208 - AL (2021/0212100-1) [...] ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VERBAS ADVINDAS DO FUNDEF. LIBERAÇÃO DE VALORES INCONTROVERSOS. POSSIBILIDADE. 1. Agravo de Instrumento manejado pelo Município em face de **decisão que homologou a transação efetuada entre o Ministério Público Federal e o Município de Canapi/AL, consistente no Termo de Ajustamento de Conduta nº 08/2018, resolvendo o mérito da demanda; no entanto, condicionou o desbloqueio do Precatório nº 0291513-30.2016.4.05.0000 (PRC 146564-AL) ao trânsito em julgado da decisão. A parte Agravante sustenta, em síntese, que não existe qualquer impedimento para liberar o Precatório referente à parcela incontroversa.** Requer a reforma da decisão agravada, determinando-se a definitiva liberação da parcela do crédito do PRC146564-AL pertencente ao Agravante para a conta bancária nº 15014-2, agência nº 1281-5, Banco do Brasil, aberta especificamente pelo Município de Canapi/AL para recebimento do referido crédito. **Na origem, trata-se de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal em desfavor do Município de Canapi/AL e outros, por intermédio da qual se pretende a condenação da Edilidade a aplicar os recursos do Cumprimento de Sentença (Processo nº 0802573-33.2015.4.05.8000) - Precatório PRC146564-AL, no importe de R\$ 6.704.870,41 (seis milhões, setecentos e quatro mil, oitocentos e setenta reais e quarenta e um centavos), na manutenção e desenvolvimento da educação.** [...] O Juízo da Execução, no caso, acolheu o pedido do Município e autorizou o levantamento do crédito, pois **o único empecilho aventado pelo MPF à liberação dos valores referentes ao Precatório expedido em favor do Município/Exequente, referia-se à homologação do Termo de Ajuste de Conduta por eles firmados.** Tendo havido a sentença homologatória da transação efetuada entre o Ministério Público Federal e o Município de Canapi/AL, nos autos da ACP nº 0800203-04.2017.4.05.8003, o Juízo da Execução determinou a liberação do Precatório. **No entanto, a decisão homologatória do Termo do Ajuste de Conduta condicionou a liberação do Precatório ao trânsito em julgado da ACP. Verifica-se que ainda não ocorreu o trânsito em julgado da Ação Civil Pública originária; porém, a matéria pendente de julgamento presente no Recurso de Apelação do MPF na ACP refere-se à suposta impossibilidade de pagamento de honorários advocatícios a partir das verbas do FUNDEF, ou seja, não existe mais qualquer controvérsia referente ao precatório expedido para repasse ao Município. Até mesmo porque já ocorreu a homologação do Termo de Ajustamento de Conduta entre as partes fixando a forma de aplicar e gerenciar os Recursos voltados para a educação do Município. Considerando-se, nesse cenário, que foi definido valor incontroverso expedido em Precatório, não há razoabilidade em manter suspenso o pagamento do mesmo. Até porque o Município necessita do repasse desse valor, que está em discussão há anos. Cabível, dessa forma, a expedição do requisitório correspondente.** [...] de nulidade do acórdão, haja vista a **ausência de intimação do Parquet como fiscal da lei antes do julgamento colegiado** (fls. 4.452-4.464, e-STJ). Recurso Especial admitido na origem (fl. 4.500, e-STJ). É o relatório. Decido. [...] **O acórdão recorrido interpretou equivocadamente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a inexistência de obrigatoriedade da intervenção do Parquet em segunda instância, nos casos em que o Ministério Público figure como autor da Ação Civil Pública, e a não ocorrência, por si só, de nulidade diante da ausência de remessa dos autos àquele Órgão em segundo**

grau. Na realidade, a ausência de intimação do Ministério Público não gera nulidade quando ausente prejuízo, não sendo admissível a interpretação de ser esse ato processual despiciendo. Apesar de ter a Ação sido ajuizada pelo Ministério Público, o membro que oficia em primeiro grau de jurisdição não atua perante os Tribunais, cabendo essa função ao agente ministerial com atribuições em segunda instância. O fato de a atuação do membro do Ministério Público em segundo grau como fiscal da lei ou como parte se confundir, em vários casos, não exclui a necessidade de intimação pessoal do membro do Parquet para atos processuais, especialmente no caso dos autos relativos a atos de improbidade administrativa em que patente o interesse público e social. A intimação da Procuradoria para conhecer o processo e nele atuar em segundo grau não se confunde com a intimação da pauta de sessão e julgamento, porque as finalidades de cada um desses atos processuais são distintas, razão pela qual a mera indicação da data do julgamento, alguns dias antes, não supre a necessidade de abertura de vista do processo. [...] Nessa linha: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE DO PARQUET COM ATUAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. CONFIGURAÇÃO DE PREJUÍZO NO CASO CONCRETO EM RAZÃO DO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. **Hipótese em que se debate as prerrogativas e a função dos membros do Ministério Público com atuação nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, especialmente nos casos em que figurar o parquet como autor na ação originária objeto de recurso.** 2. Com efeito, o Tribunal de origem aplicou no aresto recorrido tese consolidada no âmbito desta Corte Superior no sentido de que, nas hipóteses em que o Ministério Público figurar como "o autor da ação civil pública, sua intervenção como fiscal da lei não é obrigatória, além do que a ausência de remessa dos autos à Procuradoria Regional da República, para fins de intimação pessoal, não enseja, por si só, a decretação de nulidade do processo, sendo necessária, para este efeito, a demonstração de efetivo prejuízo processual" (excerto da ementa do REsp 814.479/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2/12/2010, DJe 14/12/2010), entre diversos julgados no mesmo sentido. [...]. 5. **A tese de ausência de nulidade foi estabelecida pelo STJ em casos que, apesar de não ter havido a devida intimação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, houve a preservação dos atos processuais praticados em virtude da inexistência de comprovação de prejuízo.** 6. Assim, o que foi estabelecido é que a nulidade não seria reconhecida de plano, salvo comprovação de prejuízo, o que é absolutamente diverso de eventual afirmação de que a intimação pessoal do Ministério Público seria desnecessária. 7. **Na prática forense, ainda que a ação tenha sido ajuizada pelo Ministério Público, o membro que oficia em primeiro grau de jurisdição não atua perante o Tribunal a quo. Tal função, cabe ao membro do Parquet com atribuições em segundo grau de jurisdição, ainda que a atuação como fiscal da lei ou parte acabe se confundindo em diversas hipóteses, o que não afasta a necessidade de intimação pessoal do agente ministerial (com os respectivos autos) para os atos processuais. Inclusive, em temas de manifesta importância como o caso examinado, que envolve a prática de atos de improbidade administrativa, não é razoável admitir a afirmação de que não seria necessária a intervenção ministerial no julgamento do recurso.** [...] 11. Outrossim, é absolutamente questionável o argumento utilizado pela Corte a quo no sentido da aplicação do princípio da celeridade processual em detrimento ao devido processo legal, que impõe a regular intimação pessoal do Ministério Público para atuar na sessão

de julgamento. [...] Ante o exposto, dou parcial provimento ao Recurso Especial para anular o julgamento realizado e determinar a realização de outro, após abertura de vista dos autos ao Ministério Público enquanto custos legis, conforme fundamentação. Publique-se. Intime-se. Brasília, 02 de agosto de 2021. MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator

(STJ - REsp: 1948208 AL 2021/0212100-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 09/08/2021)

Neste último julgado que aqui analisaremos, destaco mais dois pontos acerca do controle do Ministério Público⁸: (I) admitida pelo Juízo a possibilidade, através do TAC, da vinculação da forma de aplicação e gerenciamento relativo a destinação das verbas⁹, no caso, determinado o uso para a educação do município e (II) A (não) confusão entre os papéis de *custus legis* e de parte do processo, de modo particular, o julgador destaca que devido ao interesse público em ações por improbidade, é ainda maior a necessidade da intimação pessoal do Procurador - membro qual devem atuar nos Tribunais - sob pena de nulidade de todos os atos posteriores.

Em suma, buscou-se aqui perceber como a Jurisprudência se comportava diante da atuação ministerial nos casos de improbidade. Não foram colacionados aqui os julgados quanto à necessidade de dolo para configuração dos ilícitos elencados entre o art. 9º e 11 da LIA, contudo, era posicionamento firmado não só pela jurisprudência, como também pela doutrina, como já foi amplamente aqui citado. A escolha destas ementas se debruçaram ao tentar fazer um pequeno recorte nos silêncios do legislador, preenchidos pelo STJ, à luz do interesse público.

4.4 SOBRE A DISCRICIONARIEDADE: ESSA DESCONHECIDA¹⁰

A discricionariedade é um dever-poder do agente, como entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 992). Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 250) nos

⁸ Apesar de estarmos aqui voltados a uma perspectiva dos *parquets* estaduais, esse julgado chama atenção acerca do conteúdo do TAC firmado e sua vinculação do orçamento do ente.

⁹ Veremos a seguir, se essa possibilidade é realmente benéfica à sociedade, uma vez que interfere diretamente na gestão das finanças do município, adentrando o campo da discricionariedade.

¹⁰ Referência ao título da obra “Sobre a Teoria Geral do Processo: essa desconhecida”, de Fredie Didier Jr.

ensina 3 hipóteses ele é outorgado ao agente: (I) Quando conferido expressamente pelo legislador, pensando que se aja de acordo com a conveniência; (II) De maneira omissa pela legislação, afinal, o direito não consegue prever todas as possibilidades, logo, deve a autoridade agir respeitando os demais princípios do sistema; e (III) Quando há a previsão da competência, mas não restou estabelecido qual a conduta deverá ser adotada, hipótese muito comum durante exercício de poder de polícia.

Apesar de não ser mais considerado um poder, a discricionariedade é um fenômeno complexo da ciência jurídica. Destaco o entendimento de Hart, que traz na obra “O conceito do direito” (2012), que o intérprete pode se deparar com uma “Zona de penumbra” da norma, onde há uma dúvida em relação a qual comportamento se encaixa naquela prescrição normativa. Nessa hipótese, caberá ao intérprete uma discricionariedade para decidir. Esse é o poder discricionário deixado pela linguagem para, no caso da administração, o gestor agir da melhor maneira a atender o interesse público, sem ferir às demais normas.

Contudo, esse dever-poder não é - e nem pode ser - utilizado livremente, a fiscalização através da figura do Ministério Público é essencial para punir e investigar a corrupção. Contudo, como demonstrado nos julgados do tópico anterior, há certas condutas que essa atuação ministerial é questionável: primeiramente, é preciso que a abertura de procedimentos como o Inquérito Civil seja revestida de elementos mínimos probatórios, que não pode sob uma mínima acusação devassar a intimidade do servidor sob o pretexto que esse cometeu um ato de improbidade.

Ademais, situações como a utilização de um TAC para vincular uma quantia para parte específica do orçamento de um município, seriam possíveis no ordenamento? Não é porque essa possibilidade foi admitida pelo Tribunal e não questionada pelo STJ, que ela seja a mais acertada, afinal, adentra a própria gestão da máquina pública, de competência do chefe do executivo.

Logo, os próximos capítulos destinam-se a esclarecer o conceito da discricionariedade, necessária para a atuação da Administração e, mais a frente, o que foi alterado pela nova redação da lei nº 8429/92.

4.4.1 Conceito de Discricionariedade

O conceito de “discricionariedade” ainda não é pacificado na doutrina, mas ela integra o mérito do ato, classificado como discricionário ou vinculado. Sendo entendido como aquele onde o agente não detém a resposta a provocação do mundo dos fatos diretamente extraída da legislação, tendo muitas vezes esse espaço criado pelo uso de conceitos indeterminados pelo legislador.

Apesar da legalidade ser também princípio norteador da administração, como já foi citado neste trabalho, é importante que se perceba que a discricionariedade não é o seu oposto e nem um passe para que se tolerem arbitrariedades, em verdade, a legalidade têm que ser observada mesmo nos atos discricionários, justamente por isso, o tema têm aqui um capítulo específico para ser discutido.

Ainda, Binbenojm (2006, p. 198) ensina que há um espaço decisório diferenciado conferido à Administração, pois a escolha não se dá entre opções subjetivas do agente, e sim pelas prioridades das políticas que precisam ser adotadas visando o interesse público, à luz justamente dos instrumentos normativos. No mais, Celso Antônio (2014, p. 993) sintetiza os quatro fundamentos principais da discricionariedade: (I) a intenção do legislador em conceder essa liberdade diante da dinamicidade do mundo dos fatos; (II) a impossibilidade material da lei poder prever todos os fatos, (III) a incidência da separação dos poderes, pois, para que não houvesse discricionariedade o legislador não poderia usar de conceitos indeterminados e individualizar às ordens, competência essa que é administrativa e (IV) a impossibilidade de se negar logicamente a existência deste espaço decisório.

4.4.2 Função: Importância Da Conveniência E Da Oportunidade

São muitas as funções da discricionariedade dentro da Administração Pública, mas ela têm como cerne o de aproximar às hipóteses do direito dos casos concretos, onde não há uma solução pronta, cabe a alguém decidir pelo melhor interesse público. Ela não é instituto exclusivo do Brasil, afinal, em muito se relaciona com a democracia, no sentido em que, por exemplo, a sociedade elege o chefe do poder executivo e este

escolhe seus chefes de secretarias, cabendo em muitas situações a essas chefias decidirem as mais diversas situações. Assim nos ensina Hartmut (2001, p. 50):

O instituto jurídico do poder discricionário tem o seu sentido e sua razão também, e exatamente, no estado de direito. O dador de leis, muitas vezes, não está capacitado para colher a multiplicidade da vida e adota uma regulação que satisfaça todas as possibilidades e alternativas da prática. O poder discricionário da administração se oferece como recurso. O dador da lei delimita o quadro e indica a direção de objetivos, a administração encontra, sob a observância desses ajustes legais e sob a consideração das circunstâncias concretas, uma solução conveniente ao caso particular e ajustada à coisa. A autoridade, portanto, tem de continuar a pensar a concepção legislativa e de concretizar pelo caso particular.

A partir deste conceito, podemos compreender que esse poder decisório afeta o próprio ato. O agente diante de várias opções vai poder escolher, mas sempre com atenção aos limites que o ordenamento concede, principalmente em respeito à moralidade administrativa e buscando o melhor interesse público. Mas afinal, o que é o interesse público, que tanto se relaciona com a discricionariedade? Philip França (2016) nos ensina: “se condiciona concretamente positivo e produtivo [o interesse público], proporcionalmente, para quem carece de uma eficiente atividade estatal, conforme objetivos e estrutura normativa, social e política definidos pela Constituição Federal.”

Em outras palavras, é uma preocupação com a sociedade, pois é o povo o seu efetivo titular. Não é à toa que o constituinte elegeu a supremacia do interesse público sobre o privado. Contudo, ele não se confunde com o interesse do Estado e muito menos do agente, como entende Marçal Justen Filho (2014, p. 150), em verdade, estes são servos do interesse público, por força e vinculação direta dos princípios republicanos.

Enfim, a importância da conveniência e da oportunidade se dá pela necessidade de se ter um espaço onde, dentre as opções legais, a Administração possa optar pela melhor forma de obter os melhores resultados possíveis. O poder que é concedido ao Estado emana do povo e precisa servir a ele.

4.4.3 Limites: A Relação Entre A Discricionariedade, Os Atos De Improbidade E Os Perigos Da Redução Do Espaço Decisório Pela Atuação Ministerial

Como destacado, a discricionariedade é elemento de alguns dos atos que emanam da Administração, contudo, o desvio de sua finalidade muitas vezes irá configurar o ilícito da improbidade, atraindo a atuação ministerial para devido processamento, condenação e sanção, paradigma esse costurado pela Constituição de 88, como entende Binenbojm (2006, p.36). A carta magna e a edição de leis como as nº 8429/92 e 9784/92 nos trazem fundamentos como a Teoria dos Motivos Determinantes, que vai permitir ao *parquet* e ao próprio judiciário analisar o mérito do ato administrativo e julgar se o motivo é verdadeiro ou não e se há incidência de alguns dos ilícitos de improbidade. Entretanto, à luz da separação dos poderes, tal análise deve ser interrompida neste ponto, sem ser usada como uma forma de controlar o mérito.

A constitucionalização do direito administrativo foi extremamente benéfica, porém a análise desses conceitos indeterminados pode afetar o cerne da discricionariedade da Administração. Nas palavras de Celso Antônio (2014, p. 1.020), o campo de apreciação é meramente objetivo, do significado desentranhado da norma. As linhas deste trabalho se destinam a análise de um incômodo que surge pois é uma área muito discutida pela doutrina o controle judicial, que com certeza guarda consigo alta relevância, contudo, parece um pouco renegado o estudo e a crítica acerca dos procedimentos adotados pelo Ministério Público.

Como explicado alhures, o *parquet* não se confunde com o judiciário, por isso não pode ser classificado como espécie do gênero controle judicial dos atos da Administração, não exerce função judiciária e nem jurisdicional, é uma instituição independente. O procedimento administrativo que tramita internamente é coordenado por um promotor de Justiça, figura diversa do Magistrado, autorizado pela LIA a proceder desta maneira.

Nessa esteira, percebemos que ao longo da história a doutrina muito mais se concentrou em buscar soluções para controlar o controle judicial, à luz do direito francês e da sua Teoria do Desvio do Poder¹¹, analisando o mérito do ato. Entretanto,

¹¹ Entendida por Mello (2014, p. 57) como:

Manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravie-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica.

estudiosos como Andreas Krell (2004, p. 21) importam dos administrativistas alemães a ideia de um “espaço livre de apreciação da Administração”, onde sob o caso concreto se analisa se o agente têm competência técnica e se há possibilidade de compensação procedimental da programação normativa deficiente¹². Esse estudo, nos direciona a necessidade de motivação dos atos, proporcionando um melhor controle.

De forma resumida, temos três teorias sobre o tema: a dos motivos determinantes, a dos conceitos jurídicos indeterminados e a do desvio de poder, sendo a primeira a mais amplamente utilizada no Brasil. Logo, avançamos muito na teorização do controle judicial, contudo, nos falta um estudo específico de como balizar o Ministério Público nessa seara. De qualquer forma, assim como para o Magistrado, o Promotor precisa analisar o caso à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, princípios essenciais para que se tente garantir a separação dos poderes, e que uma atuação reguladora não faça às vezes da Administração.

¹² No caso, a deficiência da norma seria a sua textura aberta.

5. OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 14.320/2021

Em 25 de outubro de 2021, foi promulgada a lei 14.230/2021, trazendo alterações significativas acerca da Lei de Improbidade Administrativa, inclusive acerca da atuação do Ministério Público em âmbito federal e estadual. Como já exposto alhures, o próprio *parquet*, o judiciário e a jurisprudência se manifestavam com fortes críticas a redação original da LIA, que nos traziam problemáticas contundentes acerca dos rumos processuais dos sistemas de repressão à improbidade.

Nessa toada, o legislativo traz uma resposta com essa polêmica alteração, logo, as próximas linhas se debruçam sobre a análise de alguns dos pontos que foram alterados e seus impactos, de modo particular na atuação dos ministérios estaduais, focos deste trabalho. Agora como único legitimado, o *parquet* têm um ano, contados da data de publicação da nova lei para decidir se irá assumir às ações em aberto, caso contrário, serão arquivadas.

5.1 ALGUMAS ALTERAÇÕES RELEVANTES TRAZIDAS PELA LEI 14.230/2021

Como já destacamos, parece ser mais acertado o entendimento doutrinário que atrai para a LIA uma natureza de um direito administrativo sancionador, logo, era extremamente maléfico ao garantismo de um Estado Democrático de Direito que fosse autorizado uma perseguição ao agente de uma forma tão ampla, é tanto que a jurisprudência há muito já somente admitia na maioria dos casos a condenação nas situações que houvessem dolos, contudo, não foram todas às controvérsias que foram solucionadas, em verdade, algumas novas foram até criadas.

Ademais, a priori é importante destacar que, no que tange a atuação do Ministério Público, foi inserido pela reforma administrativa de 2021 o art. 23-A, o qual agora preconiza como dever do poder público o fornecimento de cursos de capacitação dos agentes que atuam com a prevenção ou repressão da improbidade. Fato esse que afeta diretamente os promotores de uma forma geral, para além das modificações

feitas no texto da lei, agora temos, finalmente, uma preocupação com o preparo daqueles que perseguem este ilícito.

Logo, os próximos tópicos, destinam-se a analisar algumas das alterações, uma vez que não seria aqui possível discorrer sobre todas as inovações, pois, a atualização da lei apenas não modificou dois artigos, quais sejam o art. 15 e o 19.

5.1.1 A Retirada Da Modalidade Culposa

Já tendo sido exposto alhures, o Capítulo II da legislação, denominado “Dos Atos de Improbidade Administrativa”, foi inteiramente reformado, agora trazendo expressamente que todas as condutas necessitam de dolo para serem configuradas. Essa figura, prevista no art. 18, I do Código penal brasileiro, determina que ele decorre da vontade do agente ou da assumpção do risco da produção do resultado.

Mais uma vez, nos deparamos com essa aproximação entre o direito penal e o direito administrativo, reforçando a tese de que a natureza jurídica da LIA é na verdade de um direito sancionador. Nessa seara, no que parece ser resposta a clemência da doutrina e da jurisprudência, o legislador expressamente adicionou no caput dos artigos 9, 10 e 11 que a conduta deveria ser dolosa. Assim sendo, Marçal Justen Filho (2022, p. 76) nos ensina que não estamos aqui sujeitos a qualquer espécie de dolo, e sim a vontade de produzir uma conduta que verdadeiramente propicia alguma vantagem à pessoa física ali envolvida.

Entretanto, o tempo é inimigo deste trabalho, no sentido em que ainda não foi sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal a tese com Repercussão Geral acerca da aplicação desta nova configuração no tempo. Em fevereiro de 2022, o Instituto Nacional do Seguro Social provocou a Corte através do ARE 843.989¹³, alegando que a retirada da modalidade culposa estaria reduzindo o alcance da lei, assim, o Relator do caso (Ministro Alexandre de Moraes), seguido por Dias Toffoli, Barroso, Lewandowski e Rosa Weber, entenderam pela necessidade de julgamento do recurso com fixação da tese de repercussão geral (nº 1199), para que os ministros decidissem

¹³ Processo completo disponível no site do Supremo, endereço eletrônico: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910>

se esse novo requisito retroagiria para os casos de improbidade praticados anteriormente à vigência da lei, tal qual ocorre no direito penal através do instituto da *retroatividade in mellius* e com base no Pacto de San José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário. Contudo, a ação segue pendente de julgamento e ainda não temos uma resposta para tal.

Enfim, lidamos agora com um texto legal que não se endereça mais ao agente desastrado e despreparado. Mas isso não quer dizer que estes erros estão sendo completamente ignorados, uma vez que a alteração não afeta as outras esferas do direito, e ainda encontramos infrações disciplinares, em outro aspecto administrativo que não o da improbidade, como resposta do ordenamento a estes atos “culposos”. Ademais, essa retirada se alinha com a redação do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, que traz expressamente a responsabilização atrelada ao dolo ou erro grosseiro.

5.1.2 O Novo Rol Taxativo Do Artigo 11¹⁴

A nova redação do art. 11 afasta o seu antigo rol exemplificativo e agora nos apresenta um rol taxativo e doloso de possibilidades para configuração do ato de improbidade pela hipótese de violação dos princípios. Parece essa ser uma decisão mais acertada, justamente pela antiga conjuntura basear-se em uma norma de textura extremamente aberta.

Sobre este assunto, Geovane Peixoto (2016, p. 239) tece um excelente trabalho, o qual desde 2016 já rechaçava a violação dos princípios para a configuração deste ilícito, uma vez que nos deparamos com figura similar a uma norma penal em branco, que não coaduna com todo o resto do ordenamento jurídico brasileiro, formando uma grande sensação de insegurança jurídica devida a antiga redação imprecisa do caput do art. 11, conferindo a figuras como o Ministério Público um espaço infundado para instaurar perseguições sem fundamento.

¹⁴ Este tópico foi escolhido para ser destacado pois em muito se relaciona com a obra do Dr. Geovane de Mori Peixoto, o qual discorre em sua tese de doutorado sobre a “Segurança Jurídica E A Tipificação De Condutas Para Caracterização Do Ilícito De Improbidade Administrativa Por Violação De Princípios.”

Tal acossamento afronta diretamente a ideia de que o *jus puniendi* do Estado precisa ser controlado, ironicamente, pela própria legalidade, usada na descrição da LIA para configurar a conduta de forma tão ampla. Nesse sentido, assevera Peixoto (2016, p. 253):

Em sentido antagônico, a utilização de princípios para caracterização de um ilícito gera imprevisibilidade, pautada na arbitrariedade e/ou subjetividade daqueles que exercem as parcelas de poder relacionadas à concretização do *jus puniendi*. Tem-se, então, insegurança jurídica, o oposto da certeza, confiança e estabilidade para a vida em sociedade.

Os comportamentos proibidos devem estar expressos de forma clara, com o mínimo (ou quase nada) de vagueza e ambiguidade, por leis que estabelecem regras de conduta, nesse caso, estabelecendo o que é proibido (e ao mesmo tempo o que é permitido), quando se trata de lidar com a coisa pública.

Enfim, agora com a nova redação, caberá exclusivamente a promotoria de justiça formar seu convencimento se o caso concreto se enquadra em alguma das sete condutas tipificadas nos incisos do art. 11 e se houve efetivamente uma lesividade relevante ao bem jurídico tutelado. Apesar da clara redução decorrida logicamente da mudança paradigmática de um rol exemplificativo para um rol taxativo, parece essa ser a decisão mais acertada à luz de um respeito aos princípios da segurança jurídica e da própria legalidade.

Ainda que o direito administrativo sancionador se aproxime do direito penal, são ramos diversos do direito, porém ambos precisam respeitar o corolário constitucional de controle das perseguições do Estado, evitando um punitivismo desenfreado que, além das ofensas ao sistema, abarrotavam o judiciário e as próprias promotorias de justiça com diversos procedimentos - judiciais e administrativos, respectivamente - em que muitas vezes não ocorria qualquer lesão relevante. Essa problemática além de causar o aprisionamento dos agentes administrativos, reféns do medo das fortes sanções previstas na LIA, afetando diretamente a discricionariedade, sendo essa necessária à Administração para alcançar seus objetivos elencados pela Carta Magna, traziam uma obrigação aos promotores de justiça, que antes tinham essa imposição legal de perseguir todo e qualquer ato que afetasse os princípios administrativos, rol extremamente amplo.

Agora, diante das recentes alterações, temos às condutas que merecem ser perseguidas elencadas, incumbindo ao Ministério Público o ônus da prova do dolo

específico, nos termos do art. 1º §2º. No mais, com a passagem do tempo, perceberemos se tal modificação foi realmente benéfica, a primeira análise levando em consideração o posicionamento doutrinário diante da redação antiga, parece ser, contudo, há o risco de se aumentar a impunidade daqueles que atentam contra a máquina pública, contudo, tal entendimento só poderá ocorrer após se observar ao longo dos anos os reais impactos dessa reforma¹⁵.

5.1.3 A alteração do prazo prescricional

A prescrição é um instituto do direito civil, preconizada no art. 189 do Código Civilista, onde o titular do direito violado terá sua pretensão extinta pelo decurso do prazo prescricional. Desta forma, destaca-se o entendimento de Cristiano Chaves (2020, p. 441) em que a prescrição é uma sanção, fruto da inação/omissão do titular, o qual foi negligente quanto a passagem do tempo, tendo como consequência jurídica a perda da pretensão ao pleito do seu direito em juízo.

Nessa toada, com previsão constitucional no art. 37 §5º, o texto original da LIA trazia um prazo prescricional, em seu art. 23, de 5 anos ou igual ao prazo da infração disciplinar cometida se fosse punível com demissão (no caso do exercício de cargo efetivo ou emprego). Entretanto, tal prazo também foi modificado pela lei 14.230/2021, contando agora apenas com um prazo único de 8 anos.

Essencial ainda destacar, de forma direta e específica para a atuação Ministerial, que ao art. 23 foram adicionados os parágrafos 1º e 2º, o qual determinam que a (§1º) instauração de qualquer procedimento administrativo ou de inquérito civil suspenderá a contagem do prazo prescricional por até 180 dias, voltando a correr no fim do processo ou no fim do prazo de suspensão e, ainda, temos (§2º) o prazo para conclusão do inquérito civil, firmado em 365 dias, renovável por igual período mediante ato fundamentado que deverá ser submetido ao crivo do órgão superior.

¹⁵ Não só ao que tange o novo rol do art. 11, a reforma administrativa de 2021 alterou mais de 90% do texto original da LIA, que vigeu por 30 anos sob a égide de fortes críticas doutrinárias e jurisprudenciais. Contudo, não é possível trabalhar com futurologia acerca dos seus reais impactos, apenas a passagem do tempo e a nova atuação ministerial definirão às benesses ou malefícios da nova redação.

Ademais, foi ainda introduzida na legislação, através do §5º do art., 23, a figura da prescrição intercorrente, conhecida em outras áreas do direito como no processo civil. Sendo o prazo de 8 anos reduzido para 4, caso ocorra alguma das hipóteses dos incisos do §4º, aproximando-se bastante da previsão penalista.

Ocorre que, toda essa inovação causou uma verdadeira celeuma na doutrina, uma vez publicada a Nota Técnica 01/2021 pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em 11 de novembro de 2021, onde o órgão se pronunciou no sentido de entender como inconstitucional grande parte das alterações da Reforma, de modo particular às modificações prescricionais.

A princípio, a Câmara veio a defender, no tópico 210 e 211 da Nota, a irretroatividade do novo prazo prescricional, por uma série de princípios constitucionais, vejamos (MPF, 2021, p. 35):

210. Integrando o Direito Administrativo Sancionador, as sanções por improbidade administrativa são prescritíveis. Todavia, como a prescrição no campo civil atinge a pretensão (direito de ação), não o direito material em si (conforme o art. 189, do Código Civil), e, inexistindo dispositivo legal expresse qualificando a prescrição como hipótese de extinção de punibilidade na LIA (como ocorre no art. 108, IV, do Código Penal), a prescrição da pretensão acusatório, no sistema de improbidade administrativa não extingue a punibilidade, mas tão-somente o direito de ação. Em razão disso, o novo prazo prescricional, de que trata o artigo 23, caput, alterado pela Lei nº 14.230, não retroage para atingir ações regularmente propostas dentro do prazo previsto na legislação anterior.

211. A aplicação retroativa da nova prescrição abstrata de 8 (oito) anos prevista no art. 23, caput, alterado pela Lei 14.230/2021, viola os princípios da vedação da proteção deficiente do bem jurídico (artigo 37, §4º), do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, 37, §4º e artigo 129, inciso III, da CF), da actio nata e da boa-fé objetiva como corolários do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), não podendo alcançar as ações em tramitação, que foram ajuizadas dentro dos prazos prescricionais vigentes na época.

Contudo, a doutrina se pronunciou de forma totalmente contrária, não só pela constitucionalidade da lei como também pela insustentabilidade dos argumentos ministeriais, como entendido por Koehler e Flumignan (2022), que entenderam a argumentação ministerial como muito ampla, sem trazer qualquer impugnação específica, apenas uma série de princípios. Ao mesmo tempo, como já destacado neste trabalho, pende a decisão do STF para resolver a questão da aplicação retroativa ou não, nos termos do ARE 843.989, solucionando o embate.

Para além disso, o MPF seguiu a mesma linha de pensamento ao ditar no tópico 223 da Nota, que o prazo de 4 anos operava também contrário a princípios constitucionais como a proporcionalidade e o devido processo legal, trazendo embasamento no dado do CNJ que a tramitação dos procedimentos judiciais de improbidade duram, em média, pouco mais de 5 anos. Por outro lado, doutrinadores consolidados como Marçal Justen Filho (2022, p. 282) entenderam em sentido diametralmente oposto, vendo o novo prazo como um incentivo a aceleração do trâmite processual, não buscando a supressão de direitos fundamentais, e sim evitar o que ocorria de forma recorrente na redação original: a eternização do processo, em que muitas vezes o agente falência e os processos ainda estavam tramitando.

A falta de espaço deste trabalho nos impede de destrinchar por inteiro a referida Nota ministerial, que controverte, em suas quase 40 páginas, muitos outros pontos da Reforma Administrativa. Mas a resposta da problemática só será, novamente, obtida com o decurso do tempo, consolidação da jurisprudência e maiores manifestações da doutrina, o ordenamento jurídico ainda pende de maiores aprofundamentos no tema, é tanto, que ainda é tímida a produção dos ministérios estaduais acerca do tema.

Ademais, de modo particular destaco a resolução nº 11/2022 do Ministério Público do Estado da Bahia, publicada em abril de 2022, a qual trouxe apenas sutis adequações às figuras como o TAC, Notícia de Fato e Acordo de Não Persecução Civil¹⁶, firmados em âmbito extrajudicial pelo *parquet*, à luz das modificações ocorridas em 2021. Essa manifestação, diferente da emitida pelo MPF, não chega a tecer qualquer juízo de valor acerca da nova redação, apenas busca uniformizar a atuação das promotorias baianas, sem nem mesmo questionar o novo prazo prescricional, apenas instruir para quando do Acordo de Não Persecução Civil, se atentar para distanciar-se do novo termo.

5.2 BREVE ANÁLISE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL

Com as alterações no texto legal, o judiciário, à medida em que é provocado, começa a expressar seus entendimentos nos casos concretos. Em tempo, destaca-se ainda

¹⁶ ver tópico 5.3

que não se pode analisar os casos pensando que não existem desvios morais e éticos no Brasil, afinal, a democracia do país é marcada por grandes escândalos de corrupção. Contudo, os casos aqui analisados foram escolhidos para demonstrar como há sucessivos erros na atuação ministerial que busca controlar a atividade administrativa. Representando o Estado no exercício do *jus puniendi*, se faz necessária uma maior preocupação em evitar perseguições desnecessárias, em processos que consomem a máquina pública e se arrastam por anos.

Logo, analisaremos agora alguns dos mais recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, observando, de forma exemplificativa, algumas atuações ministeriais. Vejamos (grifo meu, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. EX-DIRETOR DO IEMA/DF E EX-GESTOR DO PARQUE NACIONAL DE BRASÍLIA. INOBSERVÂNCIA AS NORMAS QUE REGEM O LICENCIAMENTO AMBIENTAL. **CONDUTAS AJUSTADAS PELO TAC FIRMADO COM O MPF. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE DOLO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DANO AMBIENTAL E SUBSIDIARIAMENTE DE LESÃO AO ERÁRIO.** INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DO MPF NÃO PROVIDO. APELAÇÃO DO REQUERIDO PROVIDA. [...] As provas colacionadas ao feito demonstram a **inabilidade dos requeridos no trato com a coisa pública, ao não realizarem um estudo preliminar acerca dos possíveis riscos que o empreendimento - construção de viaduto - poderia causar ao meio ambiente ao autorizar e ratificar a licença de instalação nº. 002/2000, dando início à execução do empreendimento, todavia, constatada tal inabilidade no trato com a coisa pública, foi firmado Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, no qual fora realizado estudo de impacto ambiental e, depois realizado laudo pericial do qual os experts não enxergaram qualquer indício de dano direto ou indireto que afetem o Parque Nacional de Brasília.** 3. A mera ilegalidade do ato ou inabilidade do agente público que o pratica nem sempre pode ser enquadrada como improbidade administrativa. O ato ímprobo, além de ilegal, é pautado pela desonestidade, deslealdade funcional e má-fé. **4. O contexto fático-probatório, contido na inicial e nos documentos que a acompanham, é insuficiente para comprovar a prática de ato de improbidade por parte do demandado, de sorte que, inexistindo prova de dolo ou culpa na conduta imputada, não pode aquele sofrer pena de forma objetiva, visto que o dolo ou a má-fé não se presumem (...).** A ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. **Se assim não fosse, qualquer irregularidade praticada por agente público poderia ser enquadrada como improbidade por violação do princípio da legalidade, sujeitando-o às pesadas sanções da respectiva Lei [...]** Publique-se. Intimem -se. Brasília, 11 de maio de 2022. Ministro GURGEL DE FARIA Relator.

Pois bem, no caso em baila¹⁷, vimos que, mesmo após firmado o Termo de Ajustamento de Conduta, o Ministério Público Federal tentou perseguir em juízo a conduta alegando também estar configurado ato de improbidade. Ora, se uma vez ajustada a conduta, sem a ocorrência de qualquer dano ambiental, não é razoável e nem proporcional que se tente imputar um ilícito que já se foi discutido e solucionado de forma prévia. Como bem destacado pelo relator do caso, a irregularidade não leva ao enquadramento automático aos tipos da LIA.

Assim sendo, nos deparamos com uma situação paradigmática, onde na medida em que imputa a mácula ao princípio da legalidade, nos termos do antigo rol não taxativo do art. 11, o órgão parece esvaziar tal corolário ao também agir ignorando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É certo que a atuação ainda em âmbito administrativa parece ser a mais acertada, ao literalmente acertar o proceder do gestor, que veio a evitar dano ambiental, contudo, diante da inexistência de provas no sentido do dolo - agora específico - na conduta, é juridicamente impossível que configure a improbidade.

À luz da nova redação, é provável que a peça inicial do julgado retro citado nem mesmo fosse admitida, uma vez que a conduta não está prevista em nenhuma das hipóteses dos incisos do art. 11. Em baila o julgador nem mesmo precisou trazer à tona às recentes alterações no texto legal, afinal, o entendimento do STJ já é consolidado no sentido da necessidade de (I) dolo e (II) efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, que no caso seria o meio ambiente. Logo, o Tribunal controla a atuação ministerial, evitando que se apliquem às sanções da LIA para um mero erro o qual já foi reparado pelo próprio Ministério.

Vejamos agora, situação diversa mas igualmente relevante, enfrentada também pelo STJ (grifo meu, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO. AUTORIZAÇÃO. LEI LOCAL. DOLO. AFASTAMENTO. 1. Em face dos princípios a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/1988) e tendo em vista a supremacia deles, **sendo representantes daquela os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela lei de improbidade, o legislador ordinário quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito**

¹⁷ Apesar de se tratar de recurso interposto pelo Ministério Público Federal, não há afetação do mérito do julgado, uma vez que o TAC também pode ser firmado pelos *parquets* estaduais.

social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores ou de agentes públicos inexperientes, inábeis ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública ou na prática de atos administrativos, sem má-fé ou intenção de lesar o erário ou de enriquecimento. 2. A questão central objeto deste recurso, submetido ao regime dos recursos repetitivos, é saber se a contratação de servidores temporários sem concurso público, baseada em legislação municipal, configura ato de improbidade administrativa, em razão de eventual **dificuldade de identificar o elemento subjetivo necessário à caracterização do ilícito administrativo.** 3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, desde há muito, **a contratação de servidores públicos temporários sem concurso público baseada em legislação local afasta a caracterização do dolo genérico para a configuração de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública.** 4. O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso para o reconhecimento da improbidade, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa, [...] 5. Para os fins do art. 1.039 do CPC/2015, **firma-se a seguinte tese: "A contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública."** [...] 7. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1930054 SE 2021/0028848-6, Data de Julgamento: 11/05/2022, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 24/05/2022)

No uso de suas atribuições, a Corte vem agora no sentido de sustar o acesso ao Tribunal por condutas como a contratação de servidores temporários sem concurso público. O caso não traz qualquer elemento à ordem constitucional do art. 37, II, que prevê o ingresso através do certame, em verdade, o legislativo municipal, no âmbito de suas atribuições, aprovou lei que permitia a contratação temporária desses servidores sem concurso e a Administração, também em sua área de atuação, realizou a contratação.

À luz do princípio da separação dos poderes, o Ministério Público estadual não pode fazer as vezes da Administração e impedir a atividade administrativa do munícipe gestor. Parece ser mais coerente buscar questionar a consonância da lei municipal com o resto do ordenamento jurídico nacional, ao invés de perseguir o gestor, qual no exercício de sua discricionariedade delimitada pela legislação, atuou respeitando a juridicidade. No mais, não há o que se falar em dolo em conduta baseada no texto legal, beira do precipício da lógica pensar em má fé em ato totalmente baseado em previsão expressa da legislação municipal.

Por mais que tenhamos no mundo hipotético do direito a discussão sociológica acerca da qualidade das leis, somada ao fato de que não podemos partir do princípio que o ordenamento dará sempre às respostas corretas, no caso *in tela*, temos uma autorização expressa do poder legislativo que foi aplicada pelo gestor, logo, o STJ vem no sentido de firmar a tese mais lógica possível, não configura ato ímprobo aquele que segue expressa previsão legal.

Pois bem. Analisemos agora, situação enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia diante de ação movida pelo MP/BA, adequando a sentença de piso de acordo com a lei nº 14.230/2021 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, 2022):

RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992 ALTERADA PELA LEI 14.203/2021. APLICAÇÃO DA LEI ATUAL. ART. 5º, INCISO XL DA CF. POSSIBILIDADE. PRÁTICA HODIERNAMENTE AUTORIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. ALCANCE RETROATIVO DA NORMA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA. APLICAÇÃO DECORRE DE MANDAMENTO CONSTITUCIONAL, QUE PODE SER CONHECIDA DE OFÍCIO. MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO E AUFERIMENTO DE VANTAGEM. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS PENAS DE RESSARCIMENTO. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA, MAS ADEQUADA, DE OFÍCIO, À NOVA REDAÇÃO DA LEI 8.429/1992, ALTERADA PELA LEI 14.203/2021. [...] **II - A nova redação conferida à Lei de Improbidade Administrativa ratificou a necessidade de comprovação e dolo para que se configure ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário. III - compulsando os autos, não se verifica que houve dolo das partes acionadas em causar prejuízo ao erário. Não foi demonstrado nos autos que as partes réis condenadas pela sentença agiram com a vontade consciente de se aderir à conduta tipificada. IV - Tampouco houve a comprovação específica do dano ao erário.** Sabe-se que a frustração ao processo licitatório, configura, por si só, dano aos cofres públicos, afinal quando a melhor proposta sequer é apreciada, automaticamente gera-se um dano presumido à administração pública, que resta acometida por prejuízos por ter que despende valores a maior àquele que se viu agraciado pela contratação irregular. **V - À evidência, é incontroverso nos autos que o serviço fora de fato prestado, pelo que faz jus o agente público à devida contraprestação, sob pena de configurar enriquecimento ilícito do Estado. Sendo assim, para configurar o dano aos cofres públicos, seria o caso de demonstrar que a profissional médica cobrou valores superiores à média do mercado. Contudo, verifica-se que o Ministério Público não logrou êxito em demonstrar o efetivo prejuízo suportado pela Municipalidade. VI - Agiu acertadamente o Juízo a quo ao não aplicar as penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa por lesão ao erário, porquanto não se pode se pautar em dano presumido para imputar penalidades do direito administrativo sancionador. VII - No mesmo caminho, andou bem o Juízo de primeiro grau ao imputar aos Acionados ato de improbidade administrativa por afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade e**

moralidade administrativa, na medida em que, após minuciosa análise dos autos, **observa-se que existem provas suficientes ao convencimento da prática de atos de ilegais, por violação aos Princípios da Administração Pública.** [...] X - Há de se observar que nada obsta que seja aplicada a lei mais benéfica ao réu no caso concreto, notadamente quando se vê que a aplicação decorre de mandamento constitucional, que pode ser conhecida, portanto, de ofício. XI **Comprovado o falecimento da ré Mardete Medeiros Ramos Leite, no curso do processo, e considerando-se que as condutas noticiadas nos autos não envolvem enriquecimento ilícito e danos ao erário, desnecessária a habilitação dos herdeiros (art. 8.º da Lei n.º 8.429/92), razão pela qual se reconhece a extinção, quanto a esta, do processo sem resolução do mérito, por superveniente perda de objeto.** XII - Recursos de Apelação Cível improvidos. Sentença adequada de ex officio à nova redação da lei 8.429/1992, alterada pela lei 14.203/2021.

(TJ-BA - APL: 00026937720098050243, Relator: PAULO ALBERTO NUNES CHENAUD, SEGUNDA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/03/2022)

Em baila, temos a situação em que a prefeita do município, realizou contratação mesmo após a frustração do processo licitatório, deparando-se com um dano presumido, como entendido pelo STJ¹⁸ à época do julgamento em primeiro grau. Contudo, a nova redação escracha totalmente tal entendimento, para configurar a lesão ao erário é preciso que se comprove efetivamente que ocorreu o dano, fato esse que o *parquet* estadual não demonstrou.

No mais, ainda que formado o arcabouço probatório da prática de atos contrários aos princípios da administração, à luz do antigo texto do art. 11, o processo perdeu seu objeto, devido ao falecimento da ex-gestora que ocorreu em 2011¹⁹, 11 anos antes do julgado chegar a ser analisado pelo Tribunal. Assim, vemos justificada na prática a preocupação doutrinária com a duração dos processos por improbidade.

Ademais, vejamos a situação enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal diante do agravo interposto pelo MP/MG, o qual buscava a caracterização da improbidade após o ex-prefeito ultrapassar em 1 (UM) por cento o orçamento fiscal em 1999 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, grifo meu):

Decisão Trata-se de Agravo em Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DA REGRA DA LEGALIDADE. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL SUPERAÇÃO DO PERCENTUAL MÁXIMO DA RECEITA CORRENTE LÍQUIDA NO QUE CONCERNE À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TERCEIROS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. [...] - A ilegalidade isoladamente considerada não

¹⁸ ver tópico 3.4.2

¹⁹ fato notório, Mardete Medeiros Ramos Leite, ex-prefeita da cidade de Seabra/BA, falecida em 14 de maio de 2011.

configura ato de improbidade administrativa, sendo certo que a conduta violadora ao art. 11, da Lei nº 8.429/92 necessita estar impregnada de má-fé por parte do administrador público. - A violação do art. 72, da Lei de Responsabilidade Fiscal, por ato do Prefeito Municipal conquanto ilegal, não caracteriza automaticamente a improbidade administrativa especialmente quando a prova dos autos não demonstra nenhuma forma dolosa de se conduzir quando se superou o percentual máximo para a contratação de serviços de terceiros." Opostos Embargos de Declaração (fl. 4, Vol. 6), foram rejeitados (fl. 1, Vol. 7). **Irresignado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS interpôs o presente Recurso Extraordinário [...] pois o acórdão recorrido afirmou que a condenação por improbidade administrativa depende da ocorrência de dolo específico, a saber: a "existência de desonestidade do réu e de seu intuito de, ao violar o percentual de receita corrente líquida com a contratação de serviços de terceiros, causar dano e obter alguma vantagem com esta prática" Aduz que "não se nega a necessidade de demonstração do evento subjetivo para a configuração do ato ímprobo, (...) contudo, (...) outro extremo seria exigir, para fins de enquadramento no art. 11 da LIA, que o agente ímprobo agisse com dolo específico de infringir determinado preceito principiológico [...] Por certo, é necessário realizar distinção entre a ilegalidade - ação praticada contrariamente ao que prescreve a lei - com a improbidade que consiste numa prática ilegal qualificada pela desonestidade com que atua o agente público ou pessoa a ele equiparada que, valendo-se da especial condição jurídica que detém, desenvolve práticas que propiciam o seu enriquecimento, vantagem indevida para si ou para outrem ou dano ao erário. (...) Este raciocínio é pertinente, porquanto evita-se, nas hipóteses em que a imputação por ato de improbidade administrativa abrange os princípios indicados no art. 11 da Lei nº 8.429/92, a incidência da responsabilidade objetiva em hipótese na qual não se fez expressa exceção à regra da responsabilidade subjetiva. (...) Dentro desta perspectiva e atento à realidade dos autos, verifica-se que o exame realizado pelo Juiz a quo da conduta atribuída ao réu mais se vincula a um **juízo de ilegalidade - descumprimento da regra do art. 72, da Lei de Responsabilidade Fiscal - do que à prática de ato de improbidade administrativa**, haja vista que não há prova idônea que ateste haver o réu agido de forma desonesta, no referido período fiscal, quando contratou serviços de terceiros acima do percentual da receita corrente líquida. **Não há, como se observa, descrição objetiva de nenhuma conduta praticada pelo administrador que tivesse como objetivo burlar ou simular situação fática específica que permitiu superar, por menos de 1%, o limite fixado na citada lei para a contratação de serviços de terceiro.** Enfim, é preciso considerar que a prática de ato ilegal, ainda que possa justificar a reparação do dano ou sua anulação, não gera a consumação de ato de improbidade administrativa se não se demonstrou o agir doloso e o intuito de obter vantagem quando da violação do princípio da legalidade. Na espécie e observando-se **os pedidos formulados pelo Ministério Público, o que se constata é a tentativa de se extrair uma responsabilidade objetiva decorrente da violação da regra da legalidade, circunstância que não condiz com a estrutura jurídica do tipo da improbidade administrativa**, haja vista que o art. 11 exige a prova do dolo do agente. [...] Desde logo, registro minha posição no sentido de que, **mesmo antes dessa novidade legislativa, para caracterização da conduta ilícita do agente público como ato de improbidade administrativa, a ser penalizado na forma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.429/92, faz-se indispensável a existência do elemento subjetivo (dolo) na prática do ato impugnado. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado.** [...] A partir da edição da Lei 14.230/2021, essa**

diretriz encontra-se explicitamente positivada na LIA, Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, NEGO SEGUIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que o julgado recorrido foi publicado antes da vigência da nova codificação processual. Publique-se. Brasília, 31 de janeiro de 2022. Ministro Alexandre de Moraes Relator Documento assinado digitalmente

(STF - ARE: 1352996 MG 2714354-37.2009.8.13.0701, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 31/01/2022, Data de Publicação: 02/02/2022)

É bem verdade que já é consolidado o entendimento acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância contra crimes praticados contra a Administração, contudo, não estamos aqui na seara penal. Não parece razoável a perseguição em juízo, sob o pretexto da caracterização do ato ímprobo, durante 23 anos por conta de um superávit de 1% nas contas do gestor. Outrossim, tal qual o Ministério Público Federal na Nota Técnica 001/2021, o MP/MG discutiu a necessidade de dolo específico na conduta, sendo essa tese amplamente rechaçada pelo judiciário.

No mais, o julgado aqui trazido demonstra um alto nível hermenêutico e de didática do judiciário para com o resto do ordenamento. Na medida em que o relator traz à tona a melhor interpretação da norma, o voto completo, reduzido aqui pelo espaço acadêmico, está recheado de embasamentos doutrinários acerca da necessidade de comprovação de dolo específico. É então destacada a tentativa ministerial de imputar uma objetividade na conduta, a qual não merece prosperar, onde, ainda que diante de uma quantia menor que 1% para contratação de terceirizados pelo município, que já tinha sido autuado pelo Tribunal de Contas, o *parquet* se manifesta requerendo a caracterização do ilícito e aplicações das sanções da LIA.

5.3 A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A redação original da LIA, em seu art. 17§1º, trazia uma vedação expressa a realização de qualquer acordo, conciliação ou transação. Com o decorrer dos anos, esse artigo como um todo sofreu uma série de alterações, já sendo apontado por doutrinadores como Humberto Dalla (2019, p. 283) que o novo texto do art. 26 da LINDB e a própria evolução dos métodos consensuais no direito brasileiro através de

figuras como o Acordo de Leniência, estaria tacitamente revogando a vedação que a Lei de Improbidade trazia, que não mais coadunava com o resto do ordenamento uma vedação tão severa. Em 2019, com o Pacote Anti Crime, o parágrafo primeiro foi alterado, ditando que era permitida a celebração de Acordo de Não Persecução Civil, contudo, não houve um aprofundamento legislativo sobre o tema.

Até que com o advento da lei nº 14.230/2021, foi introduzido ao ordenamento o art. 17-B, o qual admite e regulamenta o Acordo de Não Persecução Civil, a ser firmado entre o Ministério Público e o agente, no rito comum do Código de Processo Civil, substituindo a utilização anterior baseada na analogia feita com o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

5.3.1 Natureza Jurídica Do Acordo De Não Persecução Civil

Introduzido com uma nomenclatura similar ao Acordo de Não Persecução Penal, o Acordo de Não Persecução Civil também tem a natureza de uma transação processual, como lecionado por Marçal Justen Filho (2022, p. 228) entre o Ministério Público e o particular, com um objetivo preventivo e até mesmo de encerrar litígios que se arrastariam por anos nas teias do judiciário. Ademais, Fabio Osório (2020, p. 18) destaca também a natureza material do instituto, pois “implica a renúncia à pretensão punitiva” do Estado, entendendo-o como uma colaboração premiada das ações de improbidade, contudo, o Autor destaca que apesar da materialidade do tema, ele causava impactos processuais, pois poderia afetar os outros legitimados, impedindo propusessem a ação pelo mesmo fato²⁰.

Nesse diapasão, destaca-se ainda que, a priori, houve uma resistência por parte da doutrina quanto a introdução dessa figura na seara administrativa. Doutrinadores como Maria Sylvia (2017) defendiam a redação original do art. 17 da LIA, à luz da indisponibilidade do interesse público, contudo, a nova redação do art. 17-B não deixa mais qualquer dúvida acerca da validade do instituto nessa seara. Em tempo, Marçal (2022, p. 228) traz como superada a controvérsia relativa à disponibilidade de direitos,

²⁰ Como o artigo foi escrito em 2020, ainda não contávamos com a alteração que colocou o Ministério Público como único legitimado.

onde não se está dispondo dos direitos titulados pela coletividade e sim de direitos patrimoniais, cerne das sanções da Lei de Improbidade, prevalecendo a razoável duração do processo quando sopesado com com o “interesse coletivo na repressão dos atos de improbidade”.

5.3.2 Antiga Aplicação Baseada Na Lei 13.964/2019 Descartada Pelo Novo Art. 17-B

Pois bem. Mais uma vez aproximados, o direito administrativo sancionador e o direito penal caminharam juntos na introdução do Acordo de Não Persecução Civil na Lei de Improbidade. Quando da publicação do pacote anticrime, o art. 17 passou a contar com a possibilidade da celebração da transação, contudo, não se tinha uma regulação de como essa figura iria ocorrer na prática, pois os incisos do artigo, que traziam maiores esclarecimentos, foram vetados pelo Presidente.

Nesse sentido, surgem às regulamentações dos ministérios públicos estaduais, que foram incumbidos de pactuar este negócio jurídico, contando com notas técnicas de *parquets* como o MP/RJ e MP/PR. Assim, destaco as orientações publicadas em 2020 pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa do Ministério Público do Estado da Bahia (CAOPAM). Logo no início do documento (BAHIA - MPE, 2020), temos a diretriz de que o ANPC integra o “microsistema de tutela coletiva da probidade administrativa”, atraindo a aplicação subsidiária de figuras como a Lei de Ação Civil Pública e as resoluções 174 e 179 do CNMP.

Ademais, o CAOPAM explicita que o ANPC pode ocorrer de forma judicial ou extrajudicial, contudo, o órgão recomendava que ele fosse proposto após o ajuizamento da ação, para evitar a prescrição. Outrossim, há também a previsão de que o acordo não configura como direito subjetivo do réu, devendo este ser assistido por advogado, uma vez que, o investigado preferencialmente deverá confessar a prática do ato ímprobo, apesar dessa não ser uma condição necessária para a celebração do compromisso, mas é “conveniente”, como dito pelo Centro na Orientação nº 3, necessitando então de homologação judicial.

A celebração do acordo estava sujeita a uma certa discricionariedade do Promotor que conduz o caso, uma vez que o único requisito necessário, trazido pela Resolução 179, para celebração do acordo é que haja “relevante interesse público”, um conceito extremamente aberto. Contudo, ele não irá importar no enriquecimento ilícito do agente, como entendido por Maximiliano Reis (2022, p. 4), pois, deve importar na aplicação de sanções previstas na própria LIA como o ressarcimento ao erário, sendo possível também a estipulação a renúncia do cargo público (previsão da orientação nº 10 do CAOPAM). Outrossim, cabe destaque que quanto à aplicação das sanções, não é possível estipular pela suspensão dos direitos políticos, justamente por sua natureza (orientação nº 11).

Neste diapasão, o art. 17-B, incluído em 2021 pela Reforma, surge sanando diversas dúvidas sobre o instituto e encurtando o supracitado espaço discricionário²¹ da promotoria e até mesmo dispensando a utilização das orientações do MPEs, já que agora conta com diversas previsões expressas. De mais a mais, contamos com três requisitos, expressos nos incisos do §1º, para celebração: (I) oitiva do ente lesado e (II) autorização do CNMP para o arquivamento do Inquérito, em 60 dias, em casos de transações anteriores ao ajuizamento da ação e (III) homologação judicial, podendo ser proposto até mesmo na fase de execução da sentença, por inteligência do §4º.

Ao que tange em específico sobre as sanções, Marçal (2022, p. 230) leciona que se busca a devolução pelos benefícios obtidos pelo agente ilicitamente. Claro que diante de situações como o enriquecimento ilícito, o óbvio ressarcimento às contas públicas²², mas também contamos com a possibilidade da multa civil e outras parcelas, “destinadas a favorecer a coletividade”. Todavia, não estamos restritos somente a obrigações pecuniárias, mas também de dar e fazer, desde que tenham por objetivo o alcance de algum benefício para a coletividade.

Enfim, a leitura dos sete parágrafos do art. 17-B é extremamente esclarecedora acerca dos parâmetros do ANCP. Essa figura consensual oxigena o direito administrativo sancionador, encerrando sumariamente o litígio (Marçal, 2022, p. 232),

²¹ Mas sem reduzi-lo por completo, como bem colocado por Marçal (2022, p. 229), há uma competência discricionária do promotor, há “requisitos e limites, como por exemplo os colocados no §2º, mas não é um dever do agente promover o acordo”.

²² Nesse sentido, a legislação previu, no art. 17-B §4º, a necessidade de oitiva do Tribunal de Contas para que fosse apurado o valor do dano.

extinguindo a punibilidade das infrações praticadas, e evitando seu prolongamento no tempo e, ao mesmo tempo, ressarcindo mais rapidamente os cofres públicos.

6 CONCLUSÃO

Nos últimos 30 anos, o estado brasileiro foi arrematado com diversos escândalos de corrupção, que geraram verdadeiros rombos nas contas públicas e macularam todo o ideal constitucional acerca da proteção à moralidade administrativa, gerando uma sensação coletiva de impunidade e até mesmo uma aversão a política em parcela da população. Ainda que a improbidade e a corrupção não sejam conjuntos totalmente equivalentes, às figuras caminham juntas. Apesar de parte do senso comum, apoiado pelo sensacionalismo midiático, acreditar que a legislação vigente era ineficaz e que a reforma apenas traria um aumento nos índices de impunidade, esse argumento parece não prevalecer.

No que tange, pelo menos, os pontos destacados neste trabalho, às alterações feitas no final de 2021 parecem ter buscado alinhar cada vez mais a perseguição pelos atos de improbidade com o sistema garantista firmado pelo constituinte de 88. É bem verdade que houve um aumento do ônus probatório para o Ministério Público, contudo, na ciência do direito não se pode admitir que, em nome de perseguir os culpados, se devasse a paz dos inocentes. Há anos uma parcela considerável da doutrina e da jurisprudência já vinham demonstrando que a correta interpretação da LIA deveria ser realizada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando excessos durante o processo.

Ademais, foi só em 2021 que passamos a contar com a ligação expressa pelo legislador entre a Lei de Improbidade e o Direito Administrativo sancionador, permitindo assim que se pudesse cada vez mais aprimorar o processamento dos atos ímprobos. Assim, pode se buscar que até mesmo os procedimentos ministeriais que estão/podem estar fora do controle do magistério, ocorrendo de forma extrajudicial ou prévia a petição inicial, sejam eles os processos administrativos instaurados por notícia de fato, os acordos de não persecução civil e os termos de ajustamento de conduta, ainda se tenha um arcabouço mínimo de garantias aos acusados, à luz da nova redação.

De modo particular, o que se refere especificamente a necessidade de dolo para que as condutas sejam configuradas, essa já era uma posição amplamente adotada pela

jurisprudência. Pois, como já dito, a Lei de Improbidade expressa a *jus puniendi* do Estado e traz consigo volumosas sanções, logo, levando em consideração todo o resto do ordenamento, de modo particular às colocações da Lei de Introdução às Normas do Direito no art. 28, não era razoável toda essa perseguição, somente pela possibilidade do cometimento de uma infração disciplinar, causadas muitas vezes por agentes desatentos.

Ainda que estes atos culposos mereçam ser punidos, afinal, não se pode simplesmente ignorá-los, não é para eles que a LIA foi criada. Em verdade, parece ser a longo prazo benéfico que o Ministério Público deixe de atuar contrária a essa categoria e possa dedicar-se a aqueles que realmente atentam contra o erário e contra todo o sistema, subvertendo a lógica da Administração e, em detrimento do interesse público, beneficiando-se do seu cargo para atender a benefícios particulares. Finalmente podemos abandonar o paradoxo em que alguns promotores, usando de sua discricionariedade, que era conferida pelo texto original da legislação, perseguiram atos discricionários dos agentes, que além de gerar uma insegurança, invadia a competência administrativa e afrontava a própria separação dos poderes dentro da República.

A divisão dos poderes no Brasil é organizada de forma a trazer independência entre eles. Se instituições como o judiciário e o Ministério Público começam a adentrar o mérito de todos os atos da Administração, ela não consegue alcançar seus fins constitucionalmente instituídos, o agente não pode ficar totalmente preso as amarras legais, também por isso, que o legislador já adianta as situações sujeitas a conveniência e a oportunidade. Em verdade, o controle deve ser da legalidade do ato, sem utilizar desta para questionar decisões que decorrem do poder de escolha, legalmente concedido ao agente. A análise das situações é casuística, cada uma perpassa por diversos fatores sociais, entretanto, a nova redação da LIA traz balizas que restringem esse controle, tipificando as condutas, elencando o que deve ser perseguido, além de suprir algumas lacunas, como a acerca do Acordo de Não Persecução Civil.

Ainda que aqui não seja possível aqui esgotar a análise de toda a nova Lei de Improbidade, percebemos o esforço do legislador em se buscar uma atuação mais eficiente e condizente com a proporcionalidade, a razoabilidade e a segurança

jurídica. Louvável a previsão de já determinar como um dever do poder público ofertar cursos capacitantes para aqueles que atuam diretamente na persecução da improbidade, evitando de forma profilática/ a longo prazo que se continue a perseguir por anos, sob a acusação de improbidade, atos sem dolo.

Assim sendo, caminhamos para o fim de um processamento meramente inquisitorial dos atos de improbidade. Apesar do direito administrativo sancionador não se confundir com o direito penal, pode com dele extrair valiosos ensinamentos, uma vez que, até no exercício da última *ratio* vem crescendo a possibilidade de soluções consensuais. Não obstante a correta punição daqueles que atentam contra o erário e contra os princípios da Administração, a ideia de se buscar uma justiça restaurativa aos cofres de forma mais ágil se demonstra uma opção válida em muitos casos. Cabe agora aos operadores do direito buscar o aprimoramento do novo texto legal, reprimindo o necessário sem exceder garantias constitucionais necessárias à construção de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. 1ª Ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2007.

BERTONCINI, Mateus. **Crise da Jurisdição e a Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público: é possível o ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa**. 2018, Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n79p63>>. Último acesso em: 20 de setembro de 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro. Renovar. 2006.

BAHIA. Ministério Público Estadual. Centro de Apoio às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa. Orientações nº 01 a 22 de 2020. Disponível em: <https://infomail.mpba.mp.br/wp-content/uploads/2020/03/enunciados-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-c%C3%ADvel-2.pdf>. Último acesso em: 3 de junho de 2022.

BRASIL. **Código de Processo Criminal, Seção III**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 8 de maio de 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

_____. **Lei 9.784. Processo Administrativo no âmbito da administração pública federal**. Brasília, Distrito Federal. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Último acesso em: 23 de novembro de 2021.

_____. **Lei 8625. Lei Orgânica do Ministério Público**. Brasília, DF: Senado Federal. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Último acesso em: 20 de novembro de 2021.

_____. **Lei 8429. Lei da Improbidade Administrativa**. Brasília, DF: Senado Federal. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Último acesso em: 30 de maio de 2022.

BUSATO, Paulo. **A formação histórica do Ministério Público – Origens do Ministério Público na França, em Portugal e no Brasil**. 2016. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/11/22/a-formacao-historica-do-ministerio-publico-origens-do-ministerio-publico-na-franca-em-portugal-e-no-brasil/#_ftnref48. Último acesso em: 3 de junho de 2022.

CAMINHA, Marco Aurélio. **O ministério público, “ombudsman”, o defensor do povo ou função estatal equivalente, como instituição vocacionada para a defesa dos direitos humanos: uma tendência atual do constitucionalismo.** 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/279/o-ministerio-publico-ombudsman-defensor-do-povo-ou-funcao-estatal-equivalente-como-instituicao-vocacionada-para-a-defesa-dos-direitos-humanos/4>. Último acesso em: 4 de junho de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 18ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 174, de 4 de julho de 2017.** Disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-174-1.pdf>. Último acesso em 16 de maio de 2022.

_____. **Resolução 23, de 17 de setembro de 2007.** Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-0231.pdf>. Último acesso em 19 de maio de 2022.

COSTODIO FILHO, Ubirajara. **A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública.** São Paulo. Revista dos Tribunais nº 27. 1999.

DELGADO, José Augusto. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa.** 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062453.pdf>. Último acesso em: 17 de novembro de 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 32ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 12ª ed. São Paulo. Atlas. 2000.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20ª ed. São Paulo. Atlas. 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito Civil.** 5ª ed. Salvador. Juspodium. 2020.

FAZZIO, Júnior. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo. Atlas. 2008.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada**. Rio de Janeiro. Forense. 2011.

FRANÇA, Phillip Gil. **Interesse público, um conhecido conceito "não indeterminado"**. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/phillip-gil-franca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado>. Último acesso em: 24 de maio de 2022.
_____. **Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 16ª ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio Constitucional da moralidade administrativa**. 2ª ed. Curitiba. Gênese. 1993

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005.
_____; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes**. 9ª ed. São Paulo. Malheiros. 2018.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2ª ed. Belo Horizonte. Fórum. 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 9ª ed. São Paulo. Atlas. 2002.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro. Forense. 2008.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 2ª ed. São Paulo. Martins Fontes. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2018.

_____. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014.

_____, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2022.

KRELL, Andreas. **Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados E Controle Judicial**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Regime de prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-09/koehler-flumignan-regime-prescricao-lei-improbidade#:~:text=A%20nova%20LIA%20aumentou%20o,agravado%20a%20situacao%20do%20r%C3%A9u>. Último acesso em: 1 de junho de 2022.

LINDEMBERG, Antonio Henrique. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. 2014. Disponível em: <https://aprender-a-aprender-matematica.webnode.com/files/200000360-a2a24a39b6/Princ%C3%ADpios%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica.pdf>. Último acesso em: 22 de novembro de 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 1ª ed. Salvador. Juspodium. 2005.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 3ª ed. São Paulo. Saraiva. 1996.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 28ª ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo. Malheiros. 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo. Malheiros. 2009

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª ed. São Paulo. Malheiros. 2018

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo. Malheiros. 2004

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros. 2014

MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. **Dicionário da Primeira República: Ministério Público**. 2019. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/532-ministerio-publico-2>. Último acesso em: 23 de novembro de 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota Técnica 01/2021 - 5ª CCR**. Aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Último acesso em: 1 de junho de 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo. Atlas. 2005.

MOURÃO, Maximiliano Dos Reis; MATTARAIA, Fabiana De Paula Lima Isaac; SILVEIRA, Sebastião Sérgio Da. **O Acordo De Não Persecução Cível Nas Ações De Improbidade Administrativa. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania.** 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2495>. Acesso em: 3 de junho de 2022.

NASCIMENTO, Luiz Sales. **Ministério Público: aspectos gerais.** 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/121/edicao-1/ministerio-publico:-aspectos-gerais>. Último acesso em: 4 de junho de 2022.

NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino; PIRES, Maria Coeli Simões. **Controle da Administração Pública e Tendências à Luz do Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1296>. Último acesso em: 15 de setembro de 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa.** São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007.
_____. **Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em: 03 de junho de 2022.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios.** Salvador, 2016, p. 268. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/21285/1/Geovane%20Peixoto%20-%20Tese%20Doutorado%20-%20%20UFBA.pdf>. Último acesso em: 6 de junho de 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Acordos Materiais e Processuais nas Ações Cíveis Públicas Fundadas Em Atos De Improbidade Administrativa.** In: Coletivização e Unidade do Direito. Londrina. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa.** 2ª ed. Rio de Janeiro. GZ. 2012.

SALES, Manuel Ferraz de. **Exposição de motivos do decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o estado democrático de direito.** Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **JUSTA CAUSA E JUÍZO DE PRELIBAÇÃO (ADMISSIBILIDADE) NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4361989/mod_resource/content/0/OLIVEIRA%2C%20Gustavo%20Justino%20de.%20SCHIEFLER%2C%20Gustavo%20Henrique%20Carvalho.%20Justa%20causa%20e%20ju%C3%ADzo%20de%20preliba%C3%A7%C3%A3o%20%28admissibilidade%29%20na%20a%C3%A7%C3%A3o%20de%20improbidade%20administrativa%20%28...%29.pdf. Último acesso em: 2 de junho de 2022.

SILVA, Edimar Carmo da. **Ministério Público: Evolução Histórico-Normativa no Brasil.** Brasília. Disponível em: <https://www.mpdf.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/view/188>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional.** 18ª ed. São Paulo. Malheiros. 2000.

SOUTO, Cláudio. **O tempo do direito alternativo — uma fundamentação substantiva.** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1997.

SOUZA, Patrícia Cardoso Rodrigues de. **Controle da Administração Pública.** In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo.** 2ª ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2004.

STRECK, Lênio. **Os limites Constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).** 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/20381/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico--cnmp>. Último acesso em: 21 de maio de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RESP 1.177.910/SE.** Relator: Herman Benjamin. Data de julgamento: 26 de agosto de 2015.

_____. **RESP 1.558.038/PE.** Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 9 de novembro de 2015.

_____. **RESP: 817.921/SP,** Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 27/11/2012.

_____. **RMS: 37679 RR 2012/0075523-1,** Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/08/2013

_____. **AgInt no AREsp: 1029307 RJ**

2016/0322796-7, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 20/04/2020

_____. **REsp: 1948208 AL 2021/0212100-1,** Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 09/08/2021

_____. **AREsp: 2042566 DF 2021/0397545-0,** Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Publicação: DJ 17/05/2022

_____. **REsp: 1930054 SE 2021/0028848-6**, Data de Julgamento: 11/05/2022, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 24/05/2022

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **SÚMULA 346**. Sessão plenária: 13 de dezembro de 1963. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/267/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%C3%9AMULA%20346%20%2D,NULIDADE%20DOS%20SEUS%20PR%C3%93PRIOS%20ATOS. Último acesso em: 22 de novembro de 2021.

_____. **SÚMULA 473**. Sessão plenária: 03 de dezembro de 1969. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/141/Sumulas_e_enunciados. Último acesso em: 22 de novembro de 2021.

_____. **ARE: 1352996 MG 2714354-37.2009.8.13.0701**, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 31/01/2022, Data de Publicação: 02/02/2022

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo. Saraiva, 1975.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro. 1991.

BAHIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **APL: 00026937720098050243**, Relator: PAULO ALBERTO NUNES CHENAUD, SEGUNDA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/03/2022

VELLANI, Mario. **Il pubblico ministero nel processo**; REZENDE FILHO, Gabriel de. **Curso de direito processual civil**; LYRA, Roberto. **Teoria e prática do Ministério Público**, *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo. Malheiros. 1999.