

ORGANIZADORES
GALTIÊNIO DA CRUZ PAULINO
JOÃO PAULO SANTOS SCHOUCAIR
MARCELO MALHEIROS CERQUEIRA
OCTAHYDES BALLAN JUNIOR

Comentários à LEI DE
**IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Interpretação constitucional em consonância
com a eficácia jurídica e social

3ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO III DAS PENAS

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: *(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

I – na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; *(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

II – na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; *(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

III – na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; *(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

IV – (revogado). *(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Parágrafo único. (Revogado). *(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 1º A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 2º A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do caput deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 3º Na responsabilização da pessoa jurídica, deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 4º Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 5º No caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, nos termos do caput deste artigo. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 6º Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 8º A sanção de proibição de contratação com o poder público deverá constar do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, observadas as limitações territoriais contidas em decisão judicial, conforme disposto no § 4º deste artigo. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 9º As sanções previstas neste artigo somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 10. Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória. *(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

André Batista e Silva¹

Jonyelson Gerônimo Farias e Silva²

1. INFORMAÇÕES PRELIMINARES

A tutela da probidade administrativa surge no art. 37, § 4º, CR/88, como verdadeiro mandamento constitucional, obrigando o legislador

1. Procurador da República. Membro auxiliar do Vice-Procurador-Geral da República. Ex-assessor jurídico da Procuradoria-Geral da República no Superior Tribunal de Justiça. Ex-assessor da Vice-Procuradoria-Geral da República. Ex-assessor no Ministério Público do Estado de Goiás. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Teresina (CEUT).
2. Assessor jurídico da Procuradoria-Geral da República no Superior Tribunal de Justiça. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal de cursos preparatórios para concursos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Aprovado em concursos de provas e títulos para ingresso na magistratura do Estado do Acre (TJ/AC) e na magistratura do Estado do Maranhão (TJ/MA).

ordinário a dispor sobre a prevenção e repressão aos atos ímprobos e permitindo, de certa forma, traçar um paralelo com os mandados constitucionais de criminalização, utilizando a mesma raiz principiológica.

Em diversos dispositivos, a Carta Magna impõe ao legislador ordinário a criação de leis voltadas à tutela de determinados bens jurídicos. Ora o imperativo dirige-se à seara penal, como pode ser verificado no art. 5º, incisos XLII e XLIII – mandamentos constitucionais de criminalização – ora a ordem demanda a incidência do Direito Administrativo Sancionador, como observado no dispositivo constitucional que determina a defesa da probidade. Trata-se de fim a ser buscado pelo Poder Legislativo não apenas formalmente, mas, sobretudo, materialmente.

Nota-se aqui a exigência que o Estado estruture uma tutela sancionatória contra condutas que possam lesar o próprio Poder Público, estabelecendo a investigação, processo e execução das condenações de condutas ímprobas. No que tange aos seus limites, tal qual Beccaria³ defende para o Direito Penal, a defesa da probidade deve ser desenvolvida, de um lado, sob a ótica da proteção dos direitos fundamentais e, de outro, sem excessos por parte dos órgãos de controle.

Assim sendo, a defesa da moralidade pública e do erário deve passar por uma filtragem constitucional e por uma conformação à proteção dos direitos humanos, viabilizando uma harmonização do poder preventivo e repressivo estatal com o Direito Constitucional.

A tutela da probidade administrativa e as suas sanções devem ser pensadas de acordo com as balizas não somente da Carta Magna, como também dos tratados internacionais, mormente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, por meio do Decreto nº 5.687/2006, que, sendo tratado internacional que não versa sobre direitos humanos, tem força de norma supralegal⁴, ou seja, acima das leis infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição.

Neste compasso, a sucessão de leis no tempo que tratam sobre a matéria não pode representar retrocesso na proteção da probidade administrativa, inserida que está no âmbito dos direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, elevada a valor constitucional de especial relevância, merecedora de especial atenção.

3. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

4. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

A vedação ao retrocesso encontra seu substrato, originariamente, na tutela de direitos sociais, mas possui espectro de incidência na esfera de diversos bens difusos por excelência, tanto que se identifica sua aplicabilidade, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em questões ambientais, também um direito fundamental de terceira geração ou dimensão⁵.

Partindo da premissa a respeito do *effet cliquet*⁶ em matéria ambiental, a existência de um mandamento constitucional de combate à improbidade indica, em contrapartida, direito fundamental, também de matriz difusa, pertencente a todos, de ter uma Administração Pública livre da

-
5. EMENTA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PEDIDO DE LIMINAR. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 5º, XXXVI, 37, CAPUT, E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 500/2020. REVOGAÇÃO DAS RESOLUÇÕES NºS 84/2001, 302/2002 E 303/2002. LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DE IRRIGAÇÃO. PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DE RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS E REGIME DE USO DO ENTORNO. PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM GERAL. SUPRESSÃO DE MARCOS REGULATÓRIOS AMBIENTAIS. APARENTE RETROCESSO. *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA* DEMONSTRADOS. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 499/2020. COPROCESSAMENTO DE RESÍDUOS EM FORNOS ROTATIVOS DE PRODUÇÃO DE CLÍNQUER. *FUMUS BONI JURIS* NÃO DEMONSTRADO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. REFERENDO. 1. A mera revogação de normas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental, sem sua substituição ou atualização, compromete a observância da Constituição, da legislação vigente e de compromissos internacionais. 2. A revogação da Resolução CONAMA nº 284/2001 sinaliza dispensa de licenciamento para empreendimentos de irrigação, mesmo que potencialmente causadores de modificações ambientais significativas, a evidenciar graves e imediatos riscos para a preservação dos recursos hídricos, em prejuízo da qualidade de vida das presentes e futuras gerações (art. 225, *caput* e § 1º, I, da CF). A revogação das Resoluções nºs 302/2002 e 303/2002 distancia-se dos objetivos definidos no art. 225 da CF, baliza material da atividade normativa do CONAMA. **Aparente estado de anomia e descontrole regulatório, a configurar material retrocesso no tocante à satisfação do dever de proteger e preservar o equilíbrio do meio ambiente, incompatível com a ordem constitucional e o princípio da precaução.** Precedentes. Aparente retrocesso na proteção e defesa dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, *caput*, da CF), à saúde (art. 6º da CF) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da CF). *Fumus boni juris* demonstrado. (ADPF 748 – MC-Ref, Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2020, DJe-289 – 09-12-2020 – PUBLIC 10-12-2020)
 6. Traduzido literalmente do francês, *cliquet* quer significar “lingueta”, “catraca” ou “trava”. Constitui, assim, um obstáculo a impedir o retrocesso social. Michel Prieur melhor esclarece: “Para descrever este risco de ‘não retrocesso’, a terminologia utilizada pela doutrina ainda é hesitante. Em certos países, menciona-se o princípio do *standstill*. É o caso da Bélgica. Na França se utiliza o conceito do Eito *Cliquet* (catraca) ou regra ‘*Cliquet*’ antirretorno. Alguns autores falam em ‘intangibilidade’ de certos direitos fundamentais ou de cláusula de ‘*statu quo*’. Em inglês, encontra-se a expressão ‘*eternity clause*’ ou ‘*entrenched clause*’, em espanhol ‘*prohibicion de regresividad o de retroceso*’, em português ‘proibição de retrocesso’. Utilizaremos, pois, a fórmula do ‘princípio da não regressão’, para demonstrar que não é uma simples cláusula ou mera regra, mas sim um verdadeiro princípio, é também a expressão de um dever de não regressão imposto ao Poder Público.” PRIEUR, Michel. O princípio da “não regressão” no coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 17, nº 1, 2012, p. 6-17. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3634/2177>. Acesso em: 20 mar. 2022.

corrupção e de outros atos atentatórios à probidade administrativa, possibilitando, em última análise, o alcance de uma democracia real consubstanciada na prestação de serviços públicos adequados à população, vedado o retorno a patamares de menor proteção jurídica⁷.

Deste modo, a discussão sobre possível violação da vedação ao retrocesso pela Lei nº 14.230/2021 é, do ponto de vista jurídico e social, questão relevante. A própria cronologia das leis que trataram sobre do tema indica essa necessidade. Antes da Lei nº 8.429/92, vigoraram duas normas distintas que tiveram como objeto o enfrentamento da improbidade administrativa. Simples constatação a respeito destas leis pretéritas, quais sejam, Lei nº 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e Lei nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), demonstra pouca eficácia na preservação dos bens e produção de efeitos concretos.

A pouca eficácia estava atrelada não apenas à consideração do ato de improbidade administrativa como algo vinculado ao enriquecimento ilícito, mas também ao baixo rigor sancionatório estabelecido naquelas leis (vide capítulo VIII desse livro). A edição da Lei nº 8.429/1992, definindo atos ímprobos que causam enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios administrativos, escalonando as sanções conforme a gravidade de cada forma de violação, representou um grande avanço, em sintonia com o texto constitucional, para a real defesa da probidade administrativa.

O novo regramento trazido pela Lei nº 14.230/2021 dá diversos passos para trás. A leitura dos dispositivos deixa ver que o legislador,

7. Para boa compreensão, confira-se a explicação de Rodolfo Pamplona Filho e Matheus Lins Rocha a respeito do efeito *cliquet*:

“O vocábulo francês ‘cliquet’ é uma onomatopeia que representa a sonoridade do gatilho de um anel metálico, denominado de ‘mosquetão’, utilizado como importante ferramenta no alpinismo. A partir deste mosquetão, os alpinistas podem, a cada movimento de subida, garantir que não haverá possibilidade de retrocessão, o que funciona como um mecanismo que possibilita que, ao escalar as montanhas, somente exista a possibilidade de o esportista continuar elevando-se, impedindo qualquer descida.

Diante disso, o termo ‘cliquet’ foi associado ao tema dos direitos humanos, remetendo ao princípio da vedação do retrocesso, um dos princípios de maior importância no ordenamento jurídico brasileiro. A partir do referido princípio, vislumbra-se que os direitos humanos, bem como os direitos fundamentais são conquistas sociais que no momento em que são firmadas na consciência moral coletiva de determinada comunidade, não podem, em hipótese alguma, retroceder.

Verifica-se, deste modo, que os direitos humanos fundamentais, como processo histórico de formação, atingem, gradativamente, níveis de conquistas e amplitudes, que não podem retroceder, não podendo ser suprimidos ou enfraquecidos. O efeito ‘cliquet’ dos direitos fundamentais evidencia justamente isso.”

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O princípio da vedação do retrocesso e a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção do direito ao trabalho. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. Salvador, nº 245, 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/6945/4214>. Acesso em: 20 mar. 2022.

distanciando-se da proteção exigida no mandamento constitucional do art. 37, § 4º, dificultou sobremaneira a tutela da probidade, a ponto de insistir em aspectos atinentes ao elemento subjetivo da conduta que não são encontrados nem mesmo no Direito Penal.

A Lei de Improbidade Administrativa se insere no âmbito de defesa estatal contra a corrupção, enquadrando-se num *arranjo protetivo* que não permite a análise isolada das normas. A corrupção, como fenômeno causador de lesão ao patrimônio público, gerador de elevados custos econômicos e sociais⁸, exige mecanismos legais sólidos e efetivos de combate. As

8. Já se identificou que a corrupção pode ser um fator que dificulta o próprio desenvolvimento de regiões do país com presença de empresas menores, que não conseguem se “adaptar” nesse “ambiente”, confira-se:

“O presente estudo analisou o impacto da percepção da corrupção nas vendas das firmas no Brasil, conforme diferentes desempenhos. *A percepção da corrupção revelou-se estatisticamente homogênea entre os estados e as regiões. Aproximadamente metade das firmas identifica a corrupção como gravíssimo obstáculo para o desenvolvimento dos seus negócios e quase 90% identificam que a corrupção exerce alguma influência nos negócios, desde o pequeno ao gravíssimo obstáculo.*

Comparando o estimador de Koenker e Bassett com o de Chernozhukov e Hansen, as estimativas apresentaram divergência considerável, atribuindo erros de medição no impacto da corrupção. Os primeiros resultados sugerem maior impacto nas firmas situadas nos quantis superiores. Atribuindo o valor da corrupção como gravíssimo obstáculo, o coeficiente de elasticidade final apresentou tendência crescente com os quantis. Isso implica que, após o desconto da corrupção, as firmas nos quantis superiores empregam o recurso humano qualificado com maior eficiência, obtendo maior retorno no seu desempenho (vendas). Esse padrão é observado nos dois estimadores, sugerindo que a mudança no método não alterou a relação entre as variáveis, sendo apenas influente na magnitude do custo da corrupção.

Ao contrário disso, o coeficiente de elasticidade do capital apresentou inversão, de forma que o estimador de Koenker e Bassett sinaliza para uma tendenciosidade na relação entre as variáveis, caso os efeitos de endogeneidade não sejam devidamente controlados. Nesse caso, a elasticidade final dos investimentos em bens de capital demonstrou ser crescente nos quantis, após o desconto da corrupção percebida como gravíssimo obstáculo. Esse fato aponta que as firmas com baixo volume de vendas obtêm menores resultados na aplicação desses investimentos após o efeito perceptivo da corrupção.

Tomando as regressões na média da distribuição, os instrumentos empregados satisfizeram os critérios desejados: rejeição da hipótese nula na estatística de Kleibergen e Paap (2006) e não rejeição no teste J de Hansen (instrumentos válidos e relevantes).

Por fim, *pode-se inferir que a corrupção tem demonstrado impacto heterogêneo na realidade brasileira. Esse impacto vem sendo mais limitante nas firmas com baixa performance. Nessa perspectiva, a hipótese da ‘areia na engrenagem’ tornou-se mais evidente, de forma que as firmas situadas nos quantis superiores apresentam melhores condições de adaptação à presença da corrupção em relação àquelas nos quantis inferiores e, por essa razão, menores custos associados à presença da corrupção.* Essa sugestão dos resultados indica a necessidade de aprofundamento desta análise, compreendendo melhor os efeitos da corrupção em séries financeiras.

Esses resultados podem ajudar a explicar parcialmente as restrições no desenvolvimento das regiões, quando a corrupção tem se apresentado como fator limitante no processo de convergência. Corroborando com Ferraz e Finan (2011), *o contexto da corrupção no Brasil torna-se uma preocupação global, de maneira que os custos da prática predatória vão muito além das ‘cifras’ estimadas, afetando a confiança nas nossas instituições públicas num cenário favorável ao desenvolvimento sustentável.*

Embora os resultados obtidos neste estudo apontem possíveis explicações sobre os efeitos da corrupção no Brasil, as conclusões alcançadas são preliminares. Pesquisas que venham trabalhar indicadores alternativos sobre corrupção são necessárias para compreender melhor os efeitos nefastos da corrupção na realidade brasileira.”

alterações promovidas pela nova lei fragilizam a tutela dos bens jurídicos protegidos, ainda que isso se verifique após uma leitura mais aprofundada

Uma primeira e superficial análise das sanções cominadas pode indicar fortalecimento da tutela, o que cede diante de uma verificação sistemática dos dispositivos referentes à sua aplicação. Isto fica mais evidente na compreensão das sanções específicas adiante trabalhadas.

Antes de adentrarmos propriamente na análise das sanções em espécie, relevante mencionar que para cada modalidade de ato de improbidade (arts. 9º, 10 e 11) há suas correspondentes sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente ou não.

Não é imperativo ao magistrado fazer incidir todas as penas, sendo a sua dosimetria aferida em conformidade com o disposto no art. 17-C, inciso IV, da LIA. Prevê o texto legal que deve o magistrado considerar para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; a extensão do dano causado; o proveito patrimonial obtido pelo agente; e as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Ao se aprofundar na análise da Lei de Improbidade Administrativa, visualiza-se que a sua edição foi pautada sob a ótica da proporcionalidade. Este princípio, ou postulado normativo, segundo Humberto Ávila⁹, possui duas facetas: a proibição do excesso (ou *Übermassverbot*) e a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Com base nessas duas facetas é que o legislador pátrio deveria ter se balizado ao estipular as sanções da Lei nº 8.429/92 e tem fundamentado nelas é que o Poder Judiciário deve interpretar a lei e dosar as penas.

Sobre a proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, ensinam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁰:

A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida

ROCHA, Leonardo Andrade; KHAN, Ahmad Saeed; LIMA, Patrícia Verônica Pinheiro Sales; DAL POZ, Maria Ester Soares; OLIVEIRA, Fernando Porfírio Soares de. O “efeito nefasto” da corrupção no Brasil: “quem paga mais?” Aplicações com o uso de regressões quantílicas com variáveis instrumentais. *Nova Economia*. Belo Horizonte, v. 29, n.1, p.277-305, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/gwCs3Z4fxdZmNzLwqY9qb9F/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 mar. 2022. Grifamos.

9. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originárias de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais – mesmo os de matriz liberal –, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de *imperativo de tutela*. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir sua inação ou atuação deficiente.

A eventual diminuição das sanções, com a eliminação da pena mínima para cada espécie de ato ímprobo, sinaliza para uma pretendida redução da eficácia e da efetividade da norma sancionadora¹¹, ocasionando violação ao Estado Democrático de Direito, já que a prática da corrupção (o que é combatido pela lei em comento) fragiliza a concretização de diversos direitos fundamentais (saúde, educação, moradia, segurança etc.) e a promoção de direitos humanos.

Isso ocorre porque muitas vezes a prática do ato ímprobo advém de desvios de dinheiro que seriam utilizados para custear programas educacionais, garantir o direito à saúde¹², defesa da segurança pública, dentre outros. Embora não exista um consenso sobre o valor perdido, em levantamento feito pela Polícia Federal¹³, verificou-se que em quatro anos o Brasil perdeu mais de R\$ 48 bilhões com a prática da corrupção no país.

Se um instrumento voltado para a proteção dos direitos humanos tem sua eficácia reduzida, evidencia-se que foi atenuada a tutela desses bens

11. No caso da Lei de Improbidade Administrativa, a eventual redução das sanções mínimas sinaliza, num contexto de várias dificuldades para a responsabilização pelo ato ímprobo, para uma fragilização da tutela dos interesses da sociedade, embora se saiba que a simples redução de penas não é, *a priori*, fator decisivo para a maior ou menor eficácia e efetividade de uma lei. Nesse sentido: "It is surely right to say that the existence of a criminal law against certain conduct conduces to deterrence; but it is far more doubtful to suggest that higher penalties for offences result in lower rates of offending. Indeed, there is plenty of criminological evidence to show that the latter proposition is far from inevitable [...] While an underlying element of deterrence should not be denied, it would be preferable for the Osman formulation to be amended so as to refer to 'putting in place effective criminal law provisions to censure and punish persons who violate that right'" (ASHWORTH, Andrew. **Positive obligations in criminal law**. Oxford and Portland: Bloomsbury, 2015, p. 210). Em tradução livre: "Certamente é correto dizer que a existência de uma lei penal contra determinada conduta conduz à dissuasão; mas é muito mais duvidoso supor que penas mais altas para infrações resultem em taxas mais baixas delas. De fato, há muitas evidências criminológicas para mostrar que esta última proposição está longe de ser inevitável [...] Embora um elemento de dissuasão subjacente não deva ser negado, seria preferível que a formulação de Osman fosse alterada para se referir a 'colocar em vigor disposições de direito penal eficazes para censurar e punir as pessoas que violam esse direito'".

12. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/publicacoes/gvp/corruptcao-prejudica-saude-dos-brasileiros>. Acesso em: 19 mar. 2022.

13. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/30/levantamento-da-pf-aponta-desvios-de-r-48-bilhoes-em-4-anos-no-pais-com-corrupcao.ghtml>. Acesso em: 19 mar. 2022.

jurídicos, violando, assim, a proporcionalidade no seu aspecto referente à proibição de proteção deficiente.

Outrossim, convém destacar que o parágrafo 5º da Conferência de Viena de 1993 (Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU) preconiza que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. Justamente por isso, ao se minorar o efeito dissuasório da sanção imposta na Lei de Improbidade Administrativa há, por um conseqüência lógico, mitigação da prevenção geral negativa da pena, acarretando diminuição do efetivo combate à corrupção. Isso proporciona, dada a indivisibilidade e interdependência, violação de diversos direitos fundamentais.

Cumprido esclarecer, para fins didáticos, no que consiste a interdependência dos direitos humanos. Consoante a doutrina de André de Carvalho Ramos¹⁴, essa interdependência caminha em conjunto com a indivisibilidade, sendo a mútua dependência entre os direitos humanos protegidos, posto que o conteúdo material de um pode se vincular ao de outro, demonstrando a interação e complementaridade entre eles, admitindo-se que certos direitos são desdobramentos de outros.

O que devemos compreender é que os direitos fundamentais, conforme ensina o Ministro Alexandre de Moraes¹⁵, conquanto sejam autônomos, possuem intersecções voltadas para atingir suas finalidades. Esses direitos não podem ser interpretados de maneira isolada, mas conjunta, com o escopo de alcançar os objetivos previstos em lei.

Outro tema que guarda especial relevância, neste momento introdutório, relaciona-se à admissibilidade ou não de execução provisória em relação às sanções fixadas por ocasião da sentença condenatória pendente de recurso. De plano, verifica-se contradição interna entre dispositivos distintos da Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam, arts. 12, § 9º e 20, *caput*, do diploma sob análise¹⁶.

A ideia extraída do art. 20, de relevante conhecimento, sempre foi utilizada para inviabilizar a execução provisória de duas sanções específicas – perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, conforme se

14. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

15. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

16. Art. 12, § 9º. As sanções previstas neste artigo somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

observa em diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹⁷. Contudo, as demais sanções poderiam ser executadas provisoriamente, salvo nos casos em que reconhecida a possibilidade de dano irreparável à parte, mediante concessão de efeito suspensivo¹⁸.

Ocorre que, com as modificações implementadas, inaugurou-se dispositivo que convive no mesmo corpo normativo do mencionado artigo. Neste compasso, o art. 12, § 9º, exige o trânsito em julgado da sentença para execução de qualquer das sanções ali previstas.

Como mecanismo de superação desta possível contradição interna, necessário se faz distinguir as sanções em sentido estrito e as genéricas, autorizando-se a execução provisória das sanções em sentido genérico, as quais privilegiam a recomposição do patrimônio público, aplicando-se o sistema já vigente no Código de Processo Civil.

Logo, como será visto adiante, tanto o ressarcimento integral do dano como a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo são consideradas sanções apenas em sentido amplo, guardando compatibilidade com a execução provisória.

A interpretação das normas relativas ao sancionamento dos atos ímprobos deve se pautar pelo resguardo de um conteúdo que privilegie a dignidade constitucional da tutela da probidade administrativa, não podendo vir dissociada das finalidades das penas.

1.1. Das finalidades das penas

O princípio da proporcionalidade, assim como na elaboração das sanções em abstrato pelo Poder Legislativo, deve balizar o magistrado ao aplicar a pena, a ser dosada em conformidade com a conduta ilícita

17. AGRADO INTERNO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA E SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. DECISÃO IMPUGNADA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SANÇÕES. AFRONTA À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. INTERESSE PÚBLICO MANIFESTO. AGRADO INTERNO DESPROVIDO.

1. Conforme o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, o marco executório para as penas de perda de função pública e de suspensão dos direitos políticos ocorre com o trânsito em julgado da sentença.

2. Comprovada a grave lesão à ordem pública, é manifesto o interesse público em suspender o acórdão impugnado.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt na SLS 2.627/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/08/2020, DJe 27/08/2020)

18. Aplicação supletiva da Lei da Ação Civil Pública.

praticada pelo agente. Tem-se aqui um entrelaçamento entre a proteção da probidade administrativa e o direito administrativo sancionador, consolidando-se a ideia de que cabe ao Estado legislar no sentido de impedir a impunidade daqueles responsáveis por causar danos ao próprio Poder Público e, ainda que de maneira reflexa, à sociedade.

Posto isso, é curial tracejar que para cada conduta desviante praticada deverá ser imposta uma sanção estatal, consistente na restrição de um bem jurídico do agente, com três finalidades principais: preventiva (geral e especial), retributiva e ressocializadora. Nesse sentido, aponta Eduardo Viana¹⁹:

Para o enfrentamento desta problemática, sigo aqui o critério sistêmico-categorial de Ferrajoli. Conforme o autor, as questões do “porque” e do “se” de punir tiveram ao longo da história duas respostas: a primeira positiva e a segunda negativa. Às respostas positivas que chamo de *justificacionistas*, enquadram-se as teorias absolutas e relativas da pena; as segundas, *negacionistas*, não reconhecem a legitimidade à intervenção jurídico-penal, daí porque sua vertente mais radical (como será observado adiante), propõe a eliminação de todo o sistema penal.

A despeito de as considerações acima serem voltadas para as Ciências Criminais, suas lições devem também ser aplicadas para a tutela da probidade administrativa, mormente porque aqui estamos tratando da teoria geral da pena, sem especificar as suas consequências jurídicas (seja pena de multa, de ressarcimento do erário ou até mesmo privativa de liberdade, sendo essa última exclusiva do Direito Penal).

Em suma, a atuação do legislador e do julgador ao estabelecer as penas (em abstrato, por parte do Poder Legislativo, e em concreto, por parte do Poder Judiciário) são caracterizadores de instrumentos voltados para a proteção de bens jurídicos. Com relação à dosimetria da pena, essa deve ser limitada pela culpabilidade do agente, de maneira individualizada.

A responsabilização do agente ímprobo beneficia a promoção e proteção da probidade administrativa, porque poderá obstar novas violações ao erário ou aos princípios da Administração por parte do sancionado e dificulta que a impunidade venha a incentivar novas lesões ao patrimônio público pelos demais, ressaltando, assim, o seu caráter preventivo e repressivo. Na mesma linha sobre a necessidade de se aplicar punições como imprescindível ferramenta preventiva, apontam Winfried Hassemer e Muñoz Conde²⁰: “Ninguna persona responsable castiga por el pecado (delito) ya cometido, sino para evitar que se cometa em el futuro”.

19. VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

20. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

Ainda no tocante à responsabilização dos agentes ímprobos, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido entendimento no sentido de transportar os efeitos da ação de improbidade administrativa para a ação penal nas hipóteses nas quais houve absolvição por ausência de comprovação do elemento subjetivo (dolo) e de obtenção da vantagem indevida. Cite-se, como exemplo, o HC 826165/SP e o RHC 173448/DF.

Entretanto, o referido entendimento contraria o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que as esferas civil, penal e administrativa são independentes e autônomas entre si. Conquanto seja pertinente considerar os fundamentos da decisão absolutória, é possível que esta tenha sido produzida por alguma particularidade do caso.

A título de exemplo, basta imaginar hipótese na qual a comprovação do dolo na ação de improbidade administrativa não ocorreu por falha na instrução processual ou por desídia do membro do Ministério Público oficiante.

Em síntese, não se mostra razoável aplicar o mencionado precedente do Superior Tribunal de Justiça sem o exame em concreto dos casos em apuração.

1.2. Aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise sob a ótica da economia

Os hermeneutas, assim como todos os seres humanos, são detentores de virtudes e deficiências. Com base nisso, o professor Daniel Sarmiento trouxe a ideia de “capacidades institucionais”, explicitando que cada vez mais o Poder Judiciário é convocado para resolver situações complexas, exigindo-lhes domínio de outros campos do conhecimento. Assim sendo, aponta o supramencionado autor²¹:

Finalmente, há também as limitações resultantes da dinâmica dos processos judiciais. Esses, como se sabe, foram pensados e estruturados com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aquelas das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática enfrentada por juízes em processos em que se discutem, por exemplo, políticas públicas ou regulação econômica envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral. [...]

Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma ‘visão de túnel’, em que diversos elementos importantes para uma decisão bem informada

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

tendem a ser eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes. É claro que este déficit pode e deve ser atenuado com a adoção de medidas como a realização de audiências públicas e perícias, a admissão de *amici curiae* etc. Ainda assim, para muitas questões que hoje são judicializadas, as ações judiciais permanecem sendo uma via deficiente. [...]

A adoção, pelo Judiciário, de uma orientação mais ativista ou mais autocontida deve depender, dentre outros fatores, da avaliação das suas capacidades institucionais.

No entanto, não escapando do entendimento exposto acima, entende-se que a hermenêutica deve ser construída de maneira a produzir, na prática, os melhores resultados possíveis, que maximizem os valores jurídicos que estão em jogo. Partindo disso, surgiu num novo campo do conhecimento humano, consistente na aproximação do Direito e da Economia, criando o método da Análise Econômica do Direito.

O que se tem aqui nada mais é do que um cotejo entre as decisões proferidas pelo Poder Judiciário e a Economia. Por meio da utilização de instrumentos da microeconomia, objetiva-se alcançar, sob uma perspectiva de custo e benefício, a maior eficiência com o escopo de conferir, no caso, a tutela da probidade administrativa. Assim, hoje se tem os influxos da Análise Econômica no Direito como um todo, sempre sob a ótica do custo-benefício e da racionalidade da atuação do Sistema de Justiça.

Acerca da necessidade de se valer de um viés econômico na aplicação das sanções, reflete Samuel Braga Ramos²²:

Robert Cooter e Thomas Ulen trazem às claras que a Economia proporcionou uma teoria científica para prever as sanções penais sobre o comportamento. Para os autores, as *sanções se assemelham aos preços*, e presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos deixando de consumir tal produto; assim, elas reagem a sanções penais mais duras praticando menos da atividade outrora positiva.

Dessa forma, a pena na improbidade pode ser encarada como o preço a ser pago pelo cometimento de um ato ilícito, com fulcro na proporcionalidade, sob pena de ser praticado um erro de acordo com o aspecto econômico. A referida baliza deve ser sempre utilizada na aplicação da sanção e na dosimetria da pena pelo magistrado ao condenar o agente pela prática de improbidade administrativa, portanto.

22. RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise econômica do direito penal**: o crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da economia. Vila Nova de Gaia: Artelogy, 2021.

Na teoria constitucional, o juiz e professor norte-americano Richard Posner é uma das maiores referências da Análise Econômica do Direito. De acordo com seus ensinamentos, decisão correta é aquela que examina adequadamente as suas consequências e não necessariamente a que está em conformidade com o texto normativo. Com isso não se quer dizer que o autor entenda pela superação do positivismo, mas sim que deve preponderar o pragmatismo das decisões judiciais²³.

O jurista ainda defende que as consequências dessas decisões devem ir além do caso concreto objeto de discussão, cabendo aos intérpretes visualizar a situação de maneira sistêmica, valendo-se de uma hermenêutica consequencialista.

Em síntese, a eficiência da sanção na improbidade administrativa depende de ser calibrada para fazer valer seu efeito dissuasório, cabendo ao magistrado considerar o consequencialismo da sua decisão. Para isso, deve se ter em mente que a conduta do agente ímprobo não pode gerar um ganho maior do que o dispêndio da vítima (no caso, o Estado), devendo ser suficiente para compensar o mal que foi causado.

Nessa ordem de ideias, a sanção imposta fomentará também uma coação comportamental, já que a punição adequada dos responsáveis alertará aos demais agentes que se praticarem atos ímprobos, sofrerão da mesma forma as consequências.

Veja que o efeito dissuasório pretendido decorre da ameaça da pena, sendo este um estímulo negativo ao ofensor e para a própria sociedade, já que os potenciais agentes ímprobos internalizariam que os benefícios porventura acarretados pela prática do ato ilícito seriam menores que os custos de sua punição.

Dessa forma, conclui-se que a análise do custo-benefício por parte dos sujeitos ativos da improbidade no momento que antecede a realização da conduta, se a pena for aplicada de maneira justa e efetiva, proporcionará o melhor sopesamento entre os benefícios auferidos com o ato ilícito e os custos advindos da punição.

Além disso, faz-se mister, igualmente, que haja a certeza da imposição de penalidade. Entende da mesma forma Samuel Braga Ramos²⁴:

É possível observar que muitas frentes teóricas oriundas da *Criminal Law and Economics* entendem pela severidade e aumento quantitativo

23. POSNER, Richard A. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

24. RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise econômica do direito penal: o crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da economia**. Vila Nova de Gaia: Artelogy, 2021.

da sanção penal como forma de alteração comportamental do indivíduo (...) Tem-se que a *certeza da punição*, ou seja, o pleno conhecimento da firmeza jurisdicional desde sua formação de base na prevenção, investigação, inteligência, duração razoável da ação penal e aplicação da reprimenda, independente da quantidade desta, se mostra possível como método de dissuasão, causando o efeito desejado no agente em afastá-lo da senda criminosas”.

Nada impede que se transmude essa constatação para o campo da improbidade administrativa, pois ambas as esferas (penal e cível) buscam retribuir, através de sanção, a prática de um ilícito, aproximando-se em seus conceitos.

1.3. Da mitigação da eficácia e da efetividade da Lei de Improbidade Administrativa: a visão internacionalista e o controle de convencionalidade

Os direitos fundamentais possuem como característica uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva está relacionada com a relação entre os indivíduos e entre esses e o Estado, no sentido de ter respeitado (caráter negativo) e promovido (positivo) os direitos fundamentais. Quanto a dimensão objetiva, malgrado esta esfera admita os direitos fundamentais como autêntico exercício de potestade de seus titulares, determina também sua proteção e satisfatividade, é dizer, um dever de concretização pelo Poder Público e um compromisso de preservação do núcleo do direito fundamental tutelado.

Deve ser observado aqui que dessa dimensão objetiva decorre uma obrigação de garantia, concretizando uma obrigação de fazer, consistente na organização, pelo Estado, de estruturas e procedimentos capazes de prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos fundamentais. Destaque-se que no *Caso Velasquez Rodriguez v. Honduras*²⁵, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o Estado pode responder internacionalmente se não organizar um aparato estatal que seja capaz de assegurar juridicamente o gozo de tais direitos.

Fixada essa premissa, passa-se a explicação do controle de convencionalidade, que nada mais é do que a análise de compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes de organizações internacionais).

25. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=189&lang=es. Acesso em: 19 mar. 2022.

Por sua vez, esse controle possui duas subcategorias: a) controle de convencionalidade de matriz internacional (ou autêntico ou definitivo), atribuído a órgãos internacionais, compostos por julgadores independentes, criados por normas internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua* (juiz atuando em defesa do próprio Estado ao qual é vinculado); b) controle de convencionalidade de matriz nacional (ou provisório ou preliminar), que seria o exame de compatibilidade do ordenamento interno às normas internacionais feito pelos tribunais internos. Em ambos os casos, o parâmetro de confronto será sempre uma norma internacional, ao passo que o objeto será uma norma interna.

Firmadas essas concepções (dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, bem como o controle de convencionalidade), faz-se mister trazer para o campo da improbidade administrativa essa visão constitucional e internacional.

Como dito anteriormente, a todos é garantido o direito fundamental a governos honestos, corolário que é do regime republicano²⁶. Também foi citado acima, quando da análise econômica do direito, que o efeito dissuasório das sanções da Lei nº 8.429/92 foi diminuído com as alterações realizadas pela Lei nº 14.230/21, acarretando atenuação da sua efetividade.

Nesse sentido, o Estado brasileiro violou os deveres de proteção (face-ta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais) do direito fundamental a um governo honesto, causando prejuízos aos instrumentos voltados para a prevenção, investigação e punição do sujeito ativo da improbidade.

Retomando para a análise comportamental, o indivíduo, ao sopesar os custos e benefícios da prática do ato de corrupção e considerando o abrandamento das penas, sofrerá estímulos a tomar maiores riscos na prática do ato ímprobo, pois o custo-benefício agora lhe será mais favorável.

Aqui, mais uma vez, podemos trazer a ideia da proibição da proteção deficiente (dimensão positiva do princípio da proporcionalidade). A jurisprudência internacional de direitos humanos possui entendimento no sentido de que a ausência de proteção adequada dos direitos ou a sua insuficiência conduz a uma conduta desproporcional do Estado.

Nessa linha, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o *Caso x e Y v. Holanda*²⁷, decidiu que os Estados podem ser responsabilizados

26. CAMBI, Eduardo. Papel do Ministério Público na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, nº 56, jun. 2015.

27. Corte Europeia de Direitos Humanos, X & Y vs. Netherlands, sentença de 26 de março de 1985, Série A, n. 91.