

A reforma da improbidade chegou ao Supremo Tribunal Federal

Nesta semana, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.042 pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Distribuída à relatoria do ministro Alexandre de Moraes, na ação são objeto de questionamento as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 no que tange à legitimidade exclusiva do Ministério Público para aviação de ação de improbidade.



Resumidamente, os argumentos invocados pela autora consistem em: 1)

inconstitucionalidade formal por ofensa ao pacto federativo, tendo norma federal disposto sobre aspecto associado à autonomia dos Estados e às atribuições de suas advocacias públicas; e 2) inconstitucionalidade material por violação ao princípio da vedação ao retrocesso social e ao direito fundamental à probidade.

Tendo tomado conhecimento da referida ação, buscamos revisitar o percurso que culminou na sobredita legitimidade exclusiva como opção adotada pela reforma operada pela Lei nº 14.230/2021. No ponto, a mudança já se fazia presente desde o anteprojeto gestado por comissão de juristas, merecendo justificativa pelo deputado federal Roberto de Lucena nos seguintes termos:

"(...) Entendeu-se por bem manter a legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura das ações de improbidade administrativa. Isso se deu por consideração à natureza do provimento requerido no seio de ações desta natureza.

Não é razoável manter-se questões de estado ao alvedrio das alterações políticas e nem tratar questões de ato de improbidade como se administrativas fossem. Há um viés político-institucional que deve ser observado, o que torna salutar e necessária a legitimação exclusiva.

Obviamente, as ações de ressarcimento são de titularidade do ente público lesado, e mesmo com a titularidade exclusiva para a ação de improbidade do Ministério Público, os entes não perdem a legitimidade para as ressarcitórias" [1].



Guilherme Pupo
Advogado

Ainda no âmbito da Câmara dos Deputados, o tema mereceria atenção

destacada da parte do relator, deputado federal Carlos Zarattini, que, diante de emendas parlamentares pretendendo restabelecer a legitimidade concorrente, reforçou a conveniência de que o viés sancionador de que se reveste a improbidade administrativa se cingisse a uma atuação ministerial, mais infensa a desvirtuamentos políticos:

"As Emendas nºs 2 e 3, dos deputados Tadeu Alencar e outros e Fábio Trad e outros, objetivam a reintrodução, no Projeto de Lei, da legitimidade ativa das Advocacia Pública par proposição de Ações de Improbidade. Com o devido acatamento à manifestação exarada, o regime das sanções previstas na Lei de Improbidade encerram restrições a direitos fundamentais de cidadania, como a suspensão dos direitos políticos dos agentes considerados ímprobos. Por esta razão, na mesma linha adotada no sistema penal, é imprescindível que a atuação seja feita por meio de órgão legitimado e isento. Ademais, a suspensão de direitos políticos impacta diretamente as disputas eleitorais, razão pela qual a manutenção da exclusividade da titularidade ativa no Ministério Público de modo a impedir a intervenção de agentes políticos no manejo de ações de improbidade" [2].

No Senado Federal não foi diferente, tendo o senador Weverton, confrontando com novas tentativas de ampliação da legitimação pela via de emendas, insistido numa perspectiva mais limitada. Interessante notar, nada obstante, a sofisticação do raciocínio empreendido pelo senador para o fim de buscar imunizar a opção a questionamentos sobre sua constitucionalidade:

"Do ponto de vista da constitucionalidade material, porém, vislumbro a necessidade de saneamento da proposição. Com efeito, dentre as principais alterações trazidas pelo Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, está a restrição da legitimidade ativa ad causam para propor ações civis públicas de improbidade administrativa, limitando-a apenas ao Ministério Público competente, o que não se afigura, à primeira vista, compatível com o regramento constitucional.

Atualmente, na legislação em vigor, a legitimidade do Ministério Público é concorrente com a da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na qualidade de pessoa jurídica interessada. Acontece que, para além da previsão legal, ou seja, do disposto no artigo 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, esse atributo jurídico deferido aos entes federativos decorre, na atual conformação da matéria, da própria Constituição.

Isso porque o §1º do artigo 129 da Constituição dispõe expressamente que a legitimação do Ministério Público para as ações civis a ele incumbidas não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, de modo que, de princípio, o Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, padece de inconstitucionalidade ao excluir a legitimidade das pessoas jurídicas interessadas — União, Estados, Distrito Federal e Municípios —, isto é, como terceiros, para fins do referido dispositivo constitucional. Esse vício, contudo, não impede o aproveitamento da opção política do legislador ordinário em limitar a legitimidade ativa da ação de improbidade, como proposto no Projeto de Lei nº 2.505, de 2021.

Referindo-se o §1º do artigo 129 da Constituição às ações civis (públicas), a alteração da natureza jurídica das ações de improbidade administrativa na legislação, reconhecendo-as como ações sancionatórias, de caráter repressivo, afasta a referida condicionante constitucional da legitimação para a causa a terceiros. Na verdade, essa distinção conceitual, sem maior rigor técnico, é implicitamente reconhecida no Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, ao especificar que a ação de improbidade não é a via própria de controle de legalidade de políticas públicas, devendo a responsabilidade de entes públicos e governamentais por violações a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ser apurada, processada e julgada nos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

A definição explícita, clara e incontroversa de que as ações de improbidade administrativa, destinadas à imposição de sanções pessoais, não se confundem com as ações civis públicas, cuja vocação é a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, esvazia eventual pecha de inconstitucionalidade do Projeto de Lei nº 2.505, de 2021. Para tanto, propõe-se emenda que altere o §5º do artigo 1º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na forma dada pelo artigo 2º do Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, de modo que o bem jurídico tutelado pelos atos de improbidade não seja o patrimônio público e social — hipótese em que se atrairia, de fato, o campo das ações civis públicas —, mas sim a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, por sua vez, que atente contra sua integridade" [\[3\]](#).

O racional sustentado no excerto acima foi de fato perspicaz: antevendo possíveis questionamentos — como aquele enunciado na citada ação direta — no sentido de que a Constituição asseguraria amplamente, também às entidades públicas, a tutela do patrimônio público e social, o recorte sugerido no parecer foi no sentido de realçar na improbidade seu caráter sancionatório, estremando-a da defesa pura e simples de direitos difusos e coletivos, a serem postulados pela via da ação civil pública.

Dito ainda de outro modo, rechaçando a fusão que a *práxis* findou por promover entre ação de improbidade e ação civil pública, o aludido parecer resgatou a distinção entre os instrumentos para reservar à improbidade viés eminentemente punitivo e creditar à ação civil pública um escopo de controle de políticas públicas, de implementação de direitos sociais e de tutela de direitos transindividuais em sentido amplo (meio ambiente, consumo, educação etc.). A engenhosa construção teria o condão, então, de conciliar uma legitimidade exclusiva ministerial, órgão titular da ação penal e ponta de lança do aparato punitivo estatal, com o reconhecimento do papel dos entes federativos de somar-se à defesa de direitos em perspectiva macro, incluída a proteção do erário. E eis no ponto outro trecho do parecer, emblemático:

"É importante ressaltar, por fim, que a exclusividade do Ministério Público, na forma do Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, para propor ação de improbidade administrativa — com base no §4º do artigo 37 da Constituição —, não exclui o direito das pessoas jurídicas de direito público interno ajuizarem as competentes ações de ressarcimento, cujo fundamento de validade constitucional é outro, o §5º do artigo 37 da Constituição, e que, nessa qualidade, a respectiva pretensão já foi reconhecida como imprescritíveis pelo Supremo Tribunal Federal — STF, em sede de repercussão geral (RE nº 852.475, Red. Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018). (...)

Deveras, não se pode confundir a tutela da probidade administrativa, objeto da respectiva ação sancionatória (de improbidade), com a proteção do patrimônio público e social, mediante ação civil pública, por terceiros ou pela própria pessoa jurídica de direito público, como nas ações de ressarcimento referidas anteriormente.

Outra nota final de relevância é que a legitimidade exclusiva do Ministério Público, como proposta, não mitiga ou inibe a atuação das entidades públicas em esforços para a responsabilização de atos contra a Administração Pública em outras dimensões da tutela da integridade do patrimônio público e social, como é o caso dos acordos de leniência, cuja titularidade prevista para tais entes, prevista no artigo 16 da Lei nº 12.846, de 2013, não se derogada pelas disposições legais a inovarem o ordenamento jurídico com o Projeto de Lei nº 2.505, de 2021".

O indigitado parecer aparentemente previu os fundamentos da ação direta de inconstitucionalidade antes mencionada, rebatendo em prolepe boa parte de seus argumentos. De nossa parte, naquilo em que a inicial da ação inovou no debate, temos alguma ressalva quanto às teses de inconstitucionalidade formal e material.

A uma, no que toca à suposta intromissão da União na esfera de autonomia dos estados, não deixa de ser curioso que a previsão de legitimidade na redação anterior da Lei nº 8.429/1992, que contemplava os estados, restasse inatacada, quiçá porque a eles interessante — dito de outro modo, se a eliminação de legitimação invade autonomia, a previsão de legitimação igualmente invadiria, como aliás a própria Anape ataca na ADI 6.915 quanto às disposições da Lei nº 14.133/2021 [\[4\]](#).

A duas, como já pudemos sustentar neste espaço, não vislumbramos o tal direito fundamental à improbidade como parâmetro válido de controle de constitucionalidade e nem cremos que uma maior restrição à legitimação para o aviamento da ação de improbidade importe em retrocesso ao sistema de combate à corrupção — dimensão e controle amplíssima, como a ação popular, não assegura um controle mais ou menos qualificado que instrumentos mais restritos, como a ação de improbidade.

A três, reputamos que o escopo de atuação das entidades federativas segue adequadamente prestigiado ~~pela via de ações de ressarcimento em geral, ações fundadas na Lei Anticorrupção, possibilidade de~~

celebração de leniência, controle de contas, processos disciplinares e quejandos, de fato mais se aproximando pretensões puramente sancionadoras da esfera ministerial.

Seja como for, o dado objetivo de realidade é que a reforma operada pela Lei nº 14.230/2021 teve o primeiro questionamento sobre sua constitucionalidade lançado ao debate, inaugurando teatro de discussões na mais alta corte do país.

[1]

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node03djylf71cgar19fezffo4kr

[2]

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2029377&filename=PRLE+1+%

[3] <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

<getter/documento?dm=9019211&ts=1636724117495&disposition=inline>.

[4] <https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/adis-questionam-dispositivos-lei-licitacoes>.

Date Created

10/12/2021