



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO



## 16ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

**Processo nº 0240685-67.2017.8.19.0001**

### SENTENÇA

Cuida-se de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com requerimentos liminares de indisponibilidade de bens e afastamento do exercício de funções públicas, em face de ALOYSIO NEVES GUEDES, Conselheiro e Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, e ANDRÉ VINICIUS GOMES DA SILVA, servidor do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Alega-se na inicial que, no bojo da Operação Asfalto Sujo II, com autorização da Vara Criminal da Comarca de Magé, foi realizada a interceptação de dados telefônicos de ANDRÉ VINICIUS GOMES DA SILVA, apurando-se que este seria o “chefe de fato” do Posto de Vistoria do DETRAN em Magé e





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

manteria uma forte e íntima relação com ALOYSIO NEVES GUEDES. O *parquet* susetenta que ALOYSIO NEVES GUEDES, enquanto conselheiro do TCE/RJ, sabia de esquema desenvolvido por ANDRÉ VINICIUS GOMES DA SILVA para fraudes em vistorias veiculares no aludido Posto de Vistoria do DETRAN, bem como tinha ingerência nesse esquema, buscando nomeações e manutenções de pessoas para nele trabalharem.

A exordial narra que em outubro de 2014, na cidade do Rio de Janeiro, o demandado ALOYSIO NEVES GUEDES, em concurso de ações e desígnios com o demandado ANDRÉ VINICIUS GOMES DA SILVA, utilizou da influência do seu cargo junto ao então Secretário Estadual de Governo Affonso Henriques Monnerat Alves da Cruz para a nomeação de pessoas não identificadas, escolhidas pelo segundo demandado, com vistas à participação em esquema de fraudes em vistorias no Posto do DETRAN em Magé. Além disso, o demandado ALOYSIO NEVES GUEDES teria deixado de tomar qualquer medida para acabar com o referido esquema ilícito, permitindo que se perpetuasse, bem assim traindo seu dever de fiscalização e controle externo enquanto Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado.

Em razão desses fatos, segundo o *parquet*, os réus praticaram as condutas tipificadas no art. 11, *caput* e I, da Lei n. 8.429/92. Em relação especificamente ao demandado ALOYSIO NEVES GUEDES entende o órgão ministerial também ter restado tipificado o disposto no inciso II do referido artigo.

Pede, ao final, a condenação dos réus nas penas do art. 12, III, da Lei n. 8.429/92.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Promoção Ministerial em id. 3.627, anexando cópia da decisão que autorizou a interceptação telefônica do demandando ANDRÉ VINICIUS GOMES DA SILVA nos autos do processo criminal n. 0003767-66.2014.8.19.0029, anexo XXI, fls. 993/997; bem como das decisões nos autos do mesmo processo criminal referentes às medidas cautelares de interceptação, proferidas em 30/09/2014 e 22/08/2017.

Nova petição do Ministério Público do Rio de Janeiro em id. 3.648, requerendo a autorização para o acautelamento de mídia contendo arquivos de áudio que apresentam diálogos mantidos pelos demandados entre si e com terceiros, oriundos do compartilhamento de provas deferido nos autos da ação penal n. 0007467-45.2017.8.19.0029.

Decisão em id. 3.654: (i) indeferindo o requerimento de afastamento de ALOYSIO NEVES GUEDES de suas funções, por entender ausente o *periculum in mora*; (ii) indeferindo o requerimento de indisponibilidade dos bens de ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA, por falta de elementos para o cálculo da eventual multa; e (iii) decretando a indisponibilidade dos bens de ALOYSIO NEVES GUEDES, para assegurar a satisfação do valor da multa prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992.

Defesa prévia de ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA em id. 3.747.

Defesa prévia de ALOYSIO NEVES GUEDES em id. 3.765.

Manifestação do Ministério Público sobre as defesas prévias em id. 3.881.

Decisão de recebimento da inicial em id. 3.983.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Contestação de ALOYSIO NEVES GUEDES em id. 4.016, aduzindo: (i) inaplicabilidade da Lei Federal n. 8.429/92 aos Conselheiros dos Tribunais de Contas; (ii) incompetência do juízo, por aplicação extensiva do art. 27 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional; (iii) inadmissibilidade da interceptação telefônica como prova emprestada; (iv) cerceamento de defesa, pois foi citado para apresentar contestação sem que antes lhe fosse conferida a oportunidade de acessar os CD's contendo os arquivos de mídia com a íntegra das escutas telefônicas interceptadas nos autos da Medida Cautelar nº0003767-66.2014.8.19.0029; (v) atipicidade da conduta por ausência de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito; (vi) inexistência de provas, visto que a ligação telefônica em que se baseia a inicial é *“extremamente vaga e não demonstra nenhuma ilegalidade”*, pois *“o que se percebe da transcrição telefônica é apenas a informação de que o Sr. Aloysio iria auxiliar na indicação de algumas pessoas”*.

Contestação de ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA em id. 4.051, aduzindo: (i) inexistência de conduta ímproba imputada diretamente a si, já que o esquema no posto do DETRAN de Magé é objeto de ação autônoma e que não deve ser examinado nestes autos, estando esta lide limitada a uma suposta omissão de ALOYSIO NEVES GUEDES, sem relação com ANDRÉ; (ii) que a inicial não aponta quais condutas e quais princípios que teriam sido afrontados pelo réu ANDRÉ; (iii) que meros equívocos sem a capacidade de comprometer a moralidade ou causar prejuízos aos cofres públicos não podem ser tipificados como ímprobos; e (iii) ausência de elementos probatórios mínimos, já que o MP se limita a uma única ligação telefônica ocorrida entre os réus, que não afeta o réu ANDRÉ.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Réplica em id. 4.068, aduzindo que: *(i)* inexistente foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa; *(ii)* é desnecessário o dano ao erário para caracterização de ato de improbidade administrativa com base no art. 11 da Lei n. 8.429/92; *(iii)* não há irregularidade na utilização da conversa telefônica interceptada fortuitamente entre os demandados como prova emprestada; e *(iv)* não houve restrição ao contraditório, pois os réus tiveram acesso aos documentos acostados aos autos.

Requerimentos de produção de provas: de ALOYSIO NEVES GUEDES em id. 4.131; de ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA em id. 4.135; e do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em id. 4.137.

Decisão saneadora em id. 4.217: *(i)* rejeitando a alegação de inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a Conselheiros do Tribunal de Contas; *(ii)* admitindo a possibilidade de utilização, na esfera cível, como prova emprestada, dos elementos informativos obtidos mediante interceptação de conversas telefônicas regularmente deferida no âmbito criminal; *(iii)* afirmando não haver óbice a que o procedimento investigatório seja deflagrado a partir do encontro fortuito da prova, em meio a regular interceptação de conversas telefônicas; *(iv)* rejeitando a alegação de cerceamento de defesa por falta de acesso à “íntegra das escutas telefônicas”, pois foi franqueado o acesso à mídia; *(v)* deferindo a produção de prova documental requerida pelas partes, consistente na juntada de cópia integral dos autos do processo criminal nº 0007467-45.2017.8.19.0029; *(vi)* indeferindo a produção de prova pericial, pois não há qualquer dúvida de caráter técnico sobre o resultado da diligência de interceptação de conversas telefônicas; e *(vi)* deferindo a produção de prova oral em audiência.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Despacho em id. 4.621, deferindo o prazo de 30 dias para que o Ministério Público se manifestasse sobre a aplicabilidade da Lei n. 14.230/2021 ao presente caso.

Manifestação do Ministério Público em id. 4.628, sobre a aplicabilidade da nova legislação ao caso concreto, afirmando: (i) que o rol do artigo 11 da LIA é exemplificativo, podendo o aplicador da lei subsumir condutas não descritas nos respectivos incisos aos comandos normativos inerentes aos princípios constantes do *caput*, pois uma interpretação taxativa do referido artigo contraria os princípios constitucionais da proibição do retrocesso e o princípio da proibição da proteção deficiente; (ii) que está presente o elemento subjetivo necessário à configuração da improbidade administrativa, visto que o réu ALOYSIO NEVES GUEDES, utilizou-se de sua influência política para intermediar a nomeação de funcionários em cargos no DETRAN de Magé, de modo a manter o funcionamento de esquema fraudulento dedicado à inserção de dados falsos no sistema de dados da autarquia, o que é suficiente para a caracterização do dolo; (iii) que as sanções previstas no art. 12 da LIA foram abrandadas, enquanto as condutas imputadas aos demandados geram grande lesão ao interesse público primário, devendo ser ponderadas quando arbitrada a respectiva sanção pelo Juízo; (iv) a inaplicabilidade da prescrição intercorrente, em razão do princípio da irretroatividade das leis (artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); (v) que a prescrição intercorrente introduzida pela Lei n. 14.230/2021 é inconstitucional e a interpretação no sentido da sua retroatividade da norma em análise, de forma fulminar de imediato processos em curso, contraria a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; (vi) subsidiariamente, pela contagem do prazo de prescrição intercorrente a partir da vigência da nova lei; e (vii) que não houve prescrição intercorrente, em razão da ausência de inércia do autor da demanda.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Manifestação de ALOYSIO NEVES GUEDES em id. 4.678, requerendo:  
(i) o reconhecimento da prescrição intercorrente, nos termos da Lei n. 14.230/2021, uma vez que a inicial foi protocolada em 15/09/2017, ou seja, há mais de 4 (quatro) anos; (ii) a declaração de atipicidade da conduta pela revogação dos incisos I, II, IX e X do art. 11 da LIA, que tornou taxativo o rol de condutas enumeradas nos incisos do referido dispositivo legal.

Manifestação de ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA em id. 4.692, requerendo, igualmente, a declaração de prescrição intercorrente e de atipicidade da conduta.

É o relatório. Passo a decidir.

Deixo de analisar as preliminares já afastadas pela decisão de saneamento do processo (id. 4.217).

Afasto a preliminar de mérito de prescrição intercorrente, visto que inexistente inércia atribuível ao autor coletivo. A exigência de inércia do Estado para a caracterização da prescrição intercorrente na ação de improbidade foi expressamente estabelecida pelo Min. Alexandre de Moraes, ao decidir os segundos embargos de declaração no ARE 843.989/PR, que trata precisamente da retroatividade da Lei n. 14.230/2021, *in verbis*:

“A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo. Pune-se a sua inércia, a sua omissão, o seu ‘non facere’ [...].  
A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal, consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal (PRIMEIRA TURMA, de minha relatoria, RE 1336415 AgR, DJ de 23/9/2021).

Não há, portanto, como se sustentar a ocorrência da prescrição, quando um dos seus maiores pressupostos, se não o maior, isto é, a inércia estatal, não ocorreu [...].”

Quanto ao mérito, a pretensão do *parquet* não merece prosperar.

De acordo com o art. 17, § 10-B, I, da Lei n. 8.429/1992, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, oferecida a contestação e ouvido o autor, o juiz procederá ao julgamento conforme o estado do processo, observada a eventual inexistência manifesta do ato de improbidade.

No caso em apreço, a moldura fática a ser apreciada no presente processo foi bem definida na inicial, a saber:

“o demandado ALOYSIO NEVES GUEDES, alto membro de órgão incumbido do controle externo da Administração Pública (o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro) e sabedor do esquema ilícito em curso no âmbito do Posto de Vistoria do DETRAN de Magé deliberadamente se omitiu em adotar qualquer providência de ofício para acabar com o referido esquema que se perpetrou por vários anos. [...]

Em outras palavras, não adotou qualquer providência para impedir o esquema ilícito em tela comandado pelo demandado ANDRÉ VINICIUS GOMES DA SILVA, pessoa, com já destacado, com quem guardava relação afetiva e o qual inclusive atuou em períodos diversos como ocupante de cargo comissionado no Tribunal de Contas do Estado, traíndo seu dever de fiscalização e controle externo enquanto Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado.

Dessa sorte, constatou o Ministério Público, que em período temporal não precisamente determinado, sendo certo que em outubro de 2014, na cidade do Rio de Janeiro, o demandado ALOYSIO NEVES GUEDES, com vontade livre e consciente, no exercício do cargo público de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, e em concurso de ações e desígnios com o demandado ANDRÉ VINICIUS GOMES DA SILVA, utilizou de sua influência como Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro junto ao então Secretário Estadual de Governo Affonso Henriques Monnerat Alves da Cruz para a nomeação de pessoas não identificadas





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

escolhidas pelo segundo demandado para participar de esquema de fraudes em vistorias no Posto do DETRAN em Magé, de forma a proporcionar o enriquecimento ilícito do segundo demandado na forma de perpetuação de esquema que envolvia fraudes em vistorias de veículos automotores no referido posto, em flagrante violação aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, bem como ao dever de lealdade às Instituições.

Ademais, em data não precisamente determinada, mas sendo certo que entre no ano de 2014, o demandado ALOYSIO NEVES GUEDES, com vontade livre e consciente, no exercício do cargo público de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, deixou de praticar indevidamente ato de ofício ao permitir que o esquema criminoso narrado na denúncia referente à OPERAÇÃO ASFALTO SUJO II (“Propinoduto do DETRAN” nas palavras do MM Juízo da Vara Criminal de Magé - Ação Penal nº 0007467-45.2017.8.19.0029) envolvendo fraudes no Posto do DETRAN de Magé, se perpetuasse, sem adotar qualquer medida para impedir tais práticas, em flagrante violação aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, bem como ao dever de lealdade às Instituições.”

Como se nota, os fatos relativos ao “Propinoduto do Detran” em si não são apurados no presente feito. Apenas são objeto deste processo as supostas condutas do réu ALOYSIO NEVES GUEDES de não tomar medidas para coibir o alegado esquema de corrupção e de solicitar ao Secretário Estadual responsável a nomeação de servidores escolhidos por ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA para participar do aludido esquema.

O Ministério Público entende que os fatos narrados se amoldam ao art. 11, *caput*, I e II, da Lei n. 8.429/1992, que foram alterados pela Lei n. 14.230/2021:

Redação original:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Redação após a Lei n. 14.230/2021:





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, **caracterizada por uma das seguintes condutas:**

**I – REVOGADO;**

**II – REVOGADO;**

A questão relativa à retroatividade da Lei n. 14.230/2021 teve a sua repercussão geral reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25/02/2022, mas o Relator, Min. Alexandre de Moraes, decidiu em 03/03/2022 que não devem ser sobrestados os processos nas instâncias ordinárias envolvendo esse tema:

Tema 1199 - Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, a prescritibilidade dos atos de improbidade administrativa imputados à recorrente, por alegada conduta negligente na condução dos processos judiciais em que atuava como representante contratada do INSS, sem demonstração do elemento subjetivo dolo (Temas 666, 897 e 899 do STF). Delimita-se a temática de repercussão geral em definir se as novidades inseridas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992, com as alterações dadas pela Lei 14.230/2021) devem retroagir para beneficiar aqueles que porventura tenham cometido atos de improbidade administrativa na modalidade culposa, inclusive quanto ao prazo de prescrição para as ações de ressarcimento.

Acórdão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

(ARE 843989, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. 25/02/2022)

Sendo assim, cumpre a este Juízo decidir se a nova legislação produzirá efeitos retroativamente para atingir o presente caso.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Malgrado a Corte Suprema não tenha se manifestado especificamente sobre a matéria, diversos comentaristas têm defendido a aplicação retroativa das normas da Lei n. 14.230/2021 mais benéficas aos réus, invocando uma suposta identidade de regimes com o Direito Penal, dado o caráter sancionador das normas sobre improbidade administrativa. Assim, segundo essa corrente, aplicar-se-ia à improbidade administrativa o disposto no art. 5º, XL, da Constituição, segundo o qual “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”.

Essa visão, contudo, aborda o problema de forma demasiadamente superficial. Isso porque os proponentes da identidade de regimes costumam ignorar as diferenças entre as sanções penais e as previstas para atos de improbidade, sendo a mais importante a inexistência de pena privativa de liberdade nesta última seara. Essa peculiaridade é determinante para a análise da racionalidade que informa o regramento jurídico das sanções por improbidade administrativa, inclusive no que diz respeito à retroatividade *in bonam partem*.

Com efeito, quanto às penas corporais, há um evidente custo social quando impostas, não apenas pelas despesas com a construção e manutenção de presídios, mas também pelas mazelas atreladas à prisão, como a desestruturação da família do preso e o seu afastamento do mercado de trabalho. Confira-se, a propósito, a lição do professor da *Harvard Law School* Steven Shavell:

“A premissa importante que será feita sobre sanções não pecuniárias é que estas são socialmente custosas de aplicar e a forma primária de sanção não pecuniária que se deve ter em mente é a prisão. O emprego da prisão é claramente socialmente custoso: prisões devem ser construídas e operadas, a produção dos indivíduos é desperdiçada durante o seu encarceramento e os indivíduos sofrem uma desutilidade durante a prisão.”



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

[Do original: “The important assumption that will be made about nonmonetary sanctions is that they are socially costly to impose, and the primary form of nonmonetary sanction that should be borne in mind is imprisonment. Imprisonment is clearly socially costly to employ: Prisons must be built and operated, production of individuals is forgone during their imprisonment, and individuals suffer disutility during imprisonment.”]

(SHAVELL, Steven. Foundations of Economic Analysis of Law. Harvard University Press, 2004. p. 493)

A existência de um custo social ínsito à pena corporal gera um fundamento em favor da aplicação retroativa de normas penais benéficas ao réu que não se aplica às sanções meramente pecuniárias. Enquanto a sociedade evita incorrer em despesas inerentes à prisão quando a lei penal mais favorável opera retroativamente, não ocorre semelhante benefício à coletividade quando, v. g., um agente ímprobo fica eximido do pagamento de uma multa por ato de improbidade administrativa cometido no passado.

A substancial diferença entre o regime de retroatividade das leis penais e o de normas jurídicas que estabelecem sanções de natureza exclusivamente patrimonial também é apontada na obra de Stephen Munzer:

“[...] leis retroativas que afetam liberdades pessoais devem se desincumbir de um maior ônus de justificação do que aquelas reconfiguradoras de direitos de propriedade. [...] A cláusula *ex post facto*, que impede apenas a retroatividade de leis penais, reflete essa compreensão. Em contraste, leis retroativas afetando a propriedade geralmente apresentam menor risco a interesses fundamentais.”

[Do original: “[...] retroactive statutes affecting personal liberties must carry a heavier burden of justification than those rearranging property rights. [...] The *ex post facto* clause, which bars only retroactive penal legislation, reflects that judgment. In contrast, retroactive laws affecting property generally pose less of a threat to fundamental interests.”]

(MUNZER, Stephen R. “Theory of Retroactive Legislation”. *In*: Texas Law Review, vol. 61, n. 3, Nov. 1982, p. 443)



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

XIII



Muito embora não seja aceitável a simples afirmação de que o regime de retroatividade das leis deve ser sempre idêntico no campo penal e no Direito Administrativo sancionador, não apenas pela carência de respaldo no texto constitucional, mas também pela necessidade de avaliação das peculiaridades de cada sistema, não se deve perder de vista que os atos de improbidade administrativa estão sujeitos a sanções não pecuniárias, a saber: a suspensão de direitos políticos (art. 15, V, da CRFB), a perda da função pública (art. 37, § 4º, da CRFB) e a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 12 da Lei n. 8.429/1992).

A princípio, o cometimento de um ato ímprobo indica a propensão do indivíduo a reiterar seu comportamento impróprio no futuro, de modo que a sua incapacitação para exercer funções na Administração Pública ou com ela contratar representaria um benefício, não um custo social. Por outro lado, essas sanções podem ser consideradas socialmente dispendiosas quando aplicadas a agentes que não praticaram qualquer conduta efetivamente lesiva ao poder público, porquanto afastam da vida política e do serviço público pessoas potencialmente capacitadas para gerar melhores resultados no funcionamento do Estado, em favor da coletividade. Nesse último caso, extrai-se um relevante fundamento para uma aproximação entre os regimes de retroatividade das sanções penais e de improbidade.

Um exemplo hipotético pode melhor ilustrar esse argumento. Imagine-se que, em um certo período histórico, agentes públicos estivessem sujeitos a uma sanção não pecuniária (como a suspensão dos direitos políticos ou a perda da função pública) sempre que promovessem determinado formato de contratação administrativa, então considerado lesivo ao Erário. Nesse momento do tempo, buscava o legislador desincentivar a adoção daquele modelo de contrato pelos





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

XIV



agentes administrativos, vislumbrando estes a perspectiva de serem sancionados em caso de infração. À luz da compreensão dominante à época, a sanção não pecuniária geraria dois benefícios sociais concorrentes: (i) evitar o prejuízo social causado pelos inúmeros contratos administrativos então considerados indevidos que seriam celebrados caso os agentes públicos não fossem desestimulados pelo risco de sanções; e (ii) afastar dos quadros da Administração agentes inclinados a celebrar contratações lesivas ao Erário.

Considere-se, agora, que ao longo do tempo houve uma mudança de compreensão quanto à conveniência daquele modelo de contratação. Constatou o legislador que, em vez de lesiva, a forma contratual antes sancionada é na verdade mais eficiente para a Administração Pública. À luz dessa premissa, é introduzida uma nova legislação revogando as sanções antes aplicáveis a agentes públicos que celebrassem esse tipo de contrato administrativo. Deve essa lei ser aplicada retroativamente para afastar as sanções previstas no diploma anterior a agentes públicos que tenham celebrado contratos antes da vigência da lei nova? A resposta depende, antes, de outra pergunta: há algum benefício social derivado da aplicação das sanções a agentes públicos que tenham celebrado contratos na vigência da lei revogada?

Sob a perspectiva do desestímulo, é indiferente a aplicação ou não da sanção a agentes que praticaram a conduta vedada à luz da legislação anterior. Recorde-se que, sob essa ótica, o benefício social deriva justamente daqueles que *deixaram* de praticar a conduta vedada porque temiam ser punidos pela lei então vigente. A mudança superveniente da lei não altera a realidade pretérita de que determinados indivíduos efetivamente cumpriram o mandamento legal e deixaram de celebrar o tipo proibido de contratação.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

XV



Poder-se-ia argumentar que a expectativa pela revogação superveniente da proibição poderia diluir os incentivos *ex ante* para a observância da legislação anterior, pois os agentes antecipariam que, muito embora a sua conduta fosse punível à época, haveria determinada probabilidade de que no futuro a sanção fosse afastada. Esse argumento é pouco crível, como anota Louis Kaplow, pois “os agentes afetados pelas transições [legais] frequentemente terão pouca influência sobre mudanças na legislação” (do original: “*those actors affected by the transitions will often have little influence over policy changes*”). KAPLOW, Louis. “*An Economic Analysis of Legal Transitions*”. In: Harvard Law Review, vol. 99, n. 3, January 1986. p. 537).

Se a aplicação da sanção prevista na lei revogada, no contexto do exemplo hipotético apresentado, não gera qualquer benefício social sob a ótica do desestímulo, passa-se então a analisar se acarretaria algum ganho para a sociedade em termos de incapacitação.

Aqui, é importante notar que, caso a sanção fosse exclusivamente pecuniária, haveria apenas um efeito redistributivo, com a transferência de renda do apenado para o poder público. Esse detalhe é ressaltado por Shavell: “o pagamento de uma multa é, em si mesmo, apenas uma transferência de poder de compra, ao contrário do dispêndio de verdadeiros recursos. Em contraste, a imposição da sanção não pecuniária de prisão envolve custos diretos substanciais” (do original: “*the payment of a fine is, in itself, only a transfer of purchasing power, as opposed to an expenditure of real resources. In contrast, the imposition of the non-monetary sanction of imprisonment involves substantial direct costs.*” SHAVELL, Steven. Foundations of Economic Analysis of Law. Harvard University Press, 2004. p. 474).





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

XVI



Ocorre que, na situação apresentada, a ultratividade da lei anterior sancionadora importaria um efetivo custo social: afastar temporariamente da vida pública agentes que podem contribuir positivamente para a coletividade em suas funções. Em especial, no exemplo acima, a aplicação retroativa da sanção retiraria das fileiras da Administração Pública indivíduos responsáveis por contratações que, após melhor reflexão do legislador, foram consideradas benéficas para o poder público. Disso decorre um relevante fundamento para que a lei mais benéfica retroaja, afastando a punição de atos praticados anteriormente à sua vigência.

Cumpre, então, transpor essas conclusões para o caso específico da Lei n. 14.230/2021. Em especial, deve-se perquirir qual a motivação da alteração legislativa no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 que eliminou a possibilidade de punição com base em conceitos jurídicos indeterminados. A redação anterior permitia a condenação por atentado “contra os princípios da administração pública”, sem especificar as condutas capazes de produzir esse resultado.

A abertura do tipo legal sancionador gera incerteza sobre o enquadramento ou não de comportamentos concretos como proibidos, dificultando aos indivíduos o correto sopesamento das consequências de suas condutas. Assumindo que o objetivo do legislador é o adequado controle da conduta humana, desincentivando a prática de atos que prejudiquem a Administração Pública sem ao mesmo tempo desestimular condutas potencialmente benéficas ao funcionamento do Estado, tem-se que a falta de clareza sobre quais comportamentos são proibidos prejudica o alcance desse objetivo. Louis Kaplow, professor da *Harvard Law School*, pontua exatamente essa racionalidade ínsita ao Direito sancionador:







ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

XVII



“Quando os indivíduos não estão certos se os seus atos são ilegais, dois problemas podem surgir no que diz respeito ao controle da conduta: alguns indivíduos podem cometer atos ilegais e outros podem ser desestimulados do cometimento de atos legais. [...] Em acréscimo a esses efeitos sobre a conduta, os indivíduos que não foram desestimulados [e praticaram o ato ilegal] suportam sanções, que podem ser socialmente custosas.”

[Do original: “When individuals are unsure about whether their acts are illegal, two problems may arise with respect to controlling behavior: some individuals may commit illegal acts, and others may be deterred from committing legal acts. [...] In addition to these effects on behavior, undeterred individuals bear sanctions, which may be socially costly.”]

(KAPLOW, Louis. “*Optimal Deterrence, Uninformed Individuals, and Acquiring Information about Whether Acts Are Subject to Sanctions*”. In: *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 6, n. 1, 1990. p. 93)

Então, há razões legítimas para crer que a indeterminação do tipo legal anterior, ao não especificar os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, ao mesmo tempo: (i) estimulava o cometimento de atos indesejáveis por agentes públicos que, ante a abertura da redação legal, confiavam na possibilidade de suas condutas não serem enquadradas como proibidas e, conseqüentemente, de escaparem das sanções; e (ii) desestimulava a prática de atos desejáveis por agentes públicos que, ante a abertura da redação legal, temiam a possibilidade de que suas condutas fossem enquadradas como proibidas e, conseqüentemente, injustamente sancionadas (a conhecida hipótese do “apagão das canetas”). Essa preocupação foi consignada no parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ao projeto de lei que deu origem ao diploma atualmente em vigor:

“a transformação do rol do artigo 11 da LIA de exemplificativo para taxativo é de ampla demanda da doutrina e da jurisprudência, reconhecida inclusive pela imprensa e pela sociedade civil. Para além da conveniência e oportunidade política da medida, juridicamente, o rol aberto de condutas atentatórias aos princípios da Administração Pública fomenta casos de condenações *ex post facto*, ou seja, sem a observância da devida reserva legal em matéria sancionatória [...]. [A]





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

XVIII



exclusão da responsabilidade por ato de improbidade administrativa decorrente de divergência interpretativa é medida proporcional e adequada para garantir a estabilização de expectativas dos agentes públicos, em geral, mas dos gestores públicos, em particular, garantindo segurança jurídica para sua atuação”

Essa legítima preocupação com a insegurança jurídica gerada pelo regime anterior não exime o legislador de eventuais críticas por deixar de especificar como atos de improbidade condutas graves, como a confecção de laudos fraudulentos por médicos em hospitais públicos ou a agressão de adolescentes em unidades socioeducativas por inspetores incumbidos da sua proteção. Ainda que se considere indesejada essa omissão – o que pode ser objeto de debate em razão do cabimento de outras reprimendas, inclusive penais –, não restam infirmados os aspectos positivos da modificação legislativa. A esse respeito, cumpre também citar a visão favorável de Rafael Tonicelli:

“Quanto à emenda que reduziu a área de incidência das infrações de improbidade administrativa a uma lista de formas especificamente enumeradas de comportamentos impróprios, os críticos temem que retirar dos aplicadores da lei a flexibilidade para investigar novas e talvez não antecipadas formas de condutas impróprias possa limitar a efetividade da lei. Esse argumento pode soar plausível em abstrato, mas a experiência brasileira sob a versão original da Lei de Improbidade Administrativa tornou claro o preço de conferir aos aplicadores da lei essa flexibilidade. Os aplicadores da lei podem, e infelizmente o fazem, usar essa discricionariedade para propósitos diversos da luta contra a corrupção – como prejudicar adversários políticos ou punir comportamentos menos graves que possam ser tratados por ações disciplinares administrativas. Um estudo recente das decisões do STJ demonstrou que mais da metade das ações de improbidade administrativa ajuizadas contra prefeitos entre 2005 e 2018 se fundamentaram em genéricos ‘atos contra os princípios da Administração Pública’, uma situação que sugere que, longe de utilizar a flexibilidade legal para investigar novas e inesperadas formas de condutas impróprias, os órgãos de persecução têm, ao contrário, utilizado a proibição genérica de ‘atos contra os princípios da Administração Pública’ como uma desculpa para investigar agentes públicos que não poderiam de forma crível ser acusados com base nas proibições mais específicas. A limitação da aplicação da lei de improbidade a uma lista de condutas puníveis permitirá um uso mais





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

racional do poder punitivo do direito, prevenirá abusos e fornecerá segurança jurídica.”

[Do original: “As for the amendment narrowing the scope of administrative improbity offenses to a list of specifically enumerated forms of misconduct, here critics worry that depriving law enforcers of the flexibility to go after new and perhaps unforeseen forms of misconduct will limit the law’s effectiveness. That argument might sound plausible in the abstract, but Brazil’s experience under the original version of the Administrative Improbity Law has highlighted the price of giving law enforcers such flexibility. Law enforcers can, and unfortunately do, use this discretion for purposes other than fighting corruption—such as harming political adversaries or punishing minor misconduct that could be addressed through administrative disciplinary actions. A recent study of Superior Court of Justice decisions found that over half of administrative improbity suits filed against mayors between 2005 and 2018 were for unspecified “acts against the principles of public administration,” a figure that suggests that, rather than using the law’s flexibility to go after novel and unforeseen forms of misconduct, law enforcement bodies have instead been using the open-ended prohibition on “acts against the principles of public administration” as a license to go after government officials who could not credibly be accused of specific forms of misconduct. Limiting the application of the Improbity Law to a list of punishable conduct will allow a more rational use of the punitive power of the law, prevent abuses, and provide legal certainty.”]

(TONICELLI, Rafael. “Narrowing the Scope of Brazil’s Administrative Improbity Law: Why the New Limits Will Strengthen, Not Weaken, the Law’s Efficacy”. In: The Global Anticorruption Blog. Disponível em: <<https://perma.cc/45V5-MUPU>>)

Ora, se o legislador entendeu que a redação legal anterior não fornecia os corretos incentivos para o controle da conduta humana, a ultratividade da norma revogada não gera qualquer benefício social em termos de efeitos dissuasórios, pois não terá o condão de influenciar as decisões pretéritas dos agentes públicos. Além disso, a imposição de sanções com base na norma revogada poderá gerar um efetivo custo social, ao afastar da vida pública indivíduos capazes de colaborar positivamente para o funcionamento do Estado.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

São essas as razões pelas quais considero constitucionais e retroativas as mudanças estabelecidas pela Lei n. 14.230/2021 no *caput* e incisos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

Consequentemente, afastado a incidência do revogado art. 11, I e II, da Lei 8.429/92 ao caso em apreço, conduzindo inexoravelmente à improcedência dos pedidos autorais.

*Ex positis*, REVOGO A TUTELA PROVISÓRIA ANTERIORMENTE CONCEDIDA e extingo o processo com resolução de mérito, na forma do art. 487, I, do CPC/2015, JULGANDO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.

Sem condenação em custas e honorários, na forma do art. 23-B, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.429/2021.

Sem reexame necessário, na forma do art. 17, § 19, IV, da Lei n. 8.429/2021.

Dê-se ciência ao Ministério Público.

Transitada em julgado a presente, dê-se baixa e arquivem-se.

Publique-se. Intimem-se. Registre-se.

Rio de Janeiro, data da assinatura digital.

**BRUNO BODART**  
**JUIZ DE DIREITO**

