



EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(ÍZA) DE DIREITO DA XX VARA DA
COMARCA DE XXXXXXXXXXXXX

Autos n.º:

Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Requerido:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Promotor de Justiça signatário, no uso de suas atribuições legais, vem, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao despacho proferido às fls. XXX, manifestar-se nos seguintes termos¹.

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação de improbidade movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, pleiteando sua condenação pela prática do ato tipificado no artigo XX, bem como ressarcimento do dano causado ao erário no valor de R\$XXXXXX.

A inicial foi apresentada ao Juízo em XX/XX/XXXX, logo o processo está em curso há XX anos, sem que a fase instrutória fosse concluída ou sem decisão de mérito.

Nesse momento vieram os autos ao Ministério Público para que se manifestasse sobre interesse em seguir com o processo, considerando a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente introduzida pela Lei n.º 14.230/2021.

É o relatório.

1 O presente modelo é baseado em modelo gentilmente cedido pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



II - FUNDAMENTAÇÃO

O artigo 23, *caput*, da Lei n.º 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021, unificou em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência, o prazo prescricional para propositura das ações que busquem a aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa.

Por sua vez, o § 5º, do artigo 23, da LIA passou a estabelecer que, interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, mas contado pela metade do prazo previsto no *caput*, ou seja, por 4 (quatro) anos. Com isso, § 4º do referido artigo elenca que as causas interruptivas da prescrição ocorrerão

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

Ocorre que a Lei n.º 14.230/2021, na contramão da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que não reconhecia a possibilidade de aplicação da prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa, introduziu o § 8º no artigo 23 da Lei n.º 8.429/92, dispondo que

O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.



O instituto da prescrição intercorrente foi previsto de forma pioneira no Código de Processo Civil de 2015, ao apontá-lo como causa extintiva da ação de execução, na forma do artigo 924, inciso V e, em obra específica, Humberto Teodoro Júnior² deixa clara a necessidade de que a paralização do processo seja imputável ao credor:

Segundo a regra do art. 202³, parágrafo único, durante o curso do processo, em cujo bojo ocorreu a interrupção da prescrição, o prazo desta não flui, permanecendo suspenso até o último ato do feito. Somente após o encerramento do processo é que o prazo prescricional voltará a correr. Na verdade, enquanto marcha o processo, o titular do direito está continuamente exercitando a pretensão manifestada contra o adversário. Não está inerte na defesa de seu direito, razão pela qual não se conta a prescrição na pendência do processo.

Essa eficácia suspensiva, todavia, pressupõe um processo de andamento regular. **Se o autor abandona a causa e, por deixar de praticar os atos que lhe incumbem para que o desenvolvimento da relação processual se dê, a condena à paralisia, não pode sua inércia ficar impune.** A mesma causa que justificava a prescrição antes do ajuizamento da ação volta a se manifestar frente ao abandono do feito a meio caminho. O processo, paralisado indefinidamente, equivale, incidentalmente, ao não exercício da pretensão e, por isso, justifica ao réu o manejo da exceção de prescrição, sem embargo de não ter se dado ainda a extinção do processo.

Arruda Alvim, analisando o parágrafo único do art. 202 do CC, entende que a expressão “último ato” constante do dispositivo significa, “em caso de paralisção, o derradeiro ato praticado num processo, antes da paralisção”.

Segundo o autor, “com o curso normal do processo, a cada ato ‘renova-se’ ou

² THEODORO Jr., Humberto. Prescrição e Decadência. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530992590, p. 177.

³ Do Código Civil/2002:



‘revigora-se’ pontualmente, pela prática de atos, a situação de interrupção da prescrição, em relação à pretensão que é o objeto do processo, porquanto o andamento do processo, com a prática de atos processuais, significa, em termos práticos, a manutenção desse estado”. Assim, pesa sobre o autor um ônus permanente, “que é o de que, tendo iniciado o processo, deve diligenciar para que este caminhe, com vistas ao seu término”.

Diante da necessidade de reprimir a conduta desidiosa do credor, que não dá sequência ao processo, se concebeu a figura da prescrição intercorrente, que, se não foi prevista pelo legislador, está implícita no princípio informador do instituto e da sistemática da prescrição.

A regra do art. 202, parágrafo único, deixa de ser aplicável porque seu pressuposto é o processo dinâmico e regular e não o estático e irregular. **A partir, portanto, do momento em que o feito se paralisou, por culpa do autor, volta a fluir o prazo de prescrição.** Uma vez ultrapassado o tempo legal, poderá o devedor requerer e obter, nos próprios autos, o decreto da prescrição intercorrente. Isto porque o **devedor não pode ser prejudicado pela inércia do autor**, que “não permitirá que se pratique o último ato do processo (sentença), extinguindo o feito e autorizando a nova fluência do prazo prescricional”. **Mas, para que se acolha essa modalidade excepcional de prescrição é indispensável que a inércia processual seja de exclusiva responsabilidade do credor. Se o processo se imobilizou por deficiência do serviço forense, por manobra do devedor ou por qualquer outro motivo alheio ao autor, não se poderá cogitar da prescrição intercorrente, por longo que seja o retardamento da marcha do feito.** (grifamos)

No mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo⁴ esclarece

A prescrição intercorrente é a verificada no curso do processo judicial, por fato debitado à própria parte a quem prejudica a sua ocorrência, ou inércia na promoção do regular andamento. Normalmente, acontece quando o processo fica paralisado, sem as providências para retomar o regular

4 ARNALDO, RIZZARDO,.; ARNALDO, RIZZARDO. F.; ARDISSONE, RIZZARDO,.
C. Prescrição e Decadência, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530979195, p. 46.



prosseguimento por iniciativa do titular de um direito cuja satisfação busca. Daí partir-se do parágrafo único do art. 202 do Código Civil para a sua compreensão:

“A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”.

A maioria dos direitos são exercitáveis judicialmente durante um certo espaço de tempo. Verificada a omissão nas providências para a sua consecução, decorre naturalmente o seu perecimento. **Embora tenha se procurado um impulso inicial em buscar a satisfação ou o cumprimento do direito, havendo a inércia em certo momento, começa a correr novamente o prazo da prescrição, que passa a ser intercorrente porque ressurgue por desleixo da parte em cumprir as medidas que lhe são próprias.** Se passar, na paralisação do feito, o mesmo prazo previsto para a pretensão do direito, consuma-se a prescrição. Por outras palavras, o prazo prescricional a ser considerado para fins de prescrição intercorrente, em inexistindo lei especial disciplinando de modo diferente, coincide com o prazo para o ajuizamento da ação.

Depreende-se que se trata de uma prescrição que ocorre no curso do processo. Não basta à parte, pois, ajuizar a demanda. Cabe-lhe o ônus de mostrar-se atento para o seu regular encaminhamento ao seu término. Aprofundam a compreensão Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “A prescrição intercorrente é verificada pela inércia continuada e ininterrupta do autor no processo já iniciado, durante um tempo suficiente para a ocorrência da própria perda da pretensão. De modo evidente, havendo andamento regular e normal do processo, não haverá a prescrição intercorrente”.

De observar que deve debitar-se a inércia ao titular do direito, e não aos órgãos jurisdicionais a quem incumbe o cumprimento dos atos processuais. Se o cartório não atende à determinação judicial, não é do autor da demanda a inércia, embora ponderável esperar do mesmo as diligências visando o atendimento. Ao autor deve recair a culpa em razão de sua negligência em providenciar a imposição vinda do juízo, o que é diferente se o cartório se mostra negligente. (grifamos)

Diante disso, percebe-se que quando o autor não der causa à paralisação do feito, não ocorrerá a prescrição intercorrente. Esse também é o entendimento do professor e Promotor de Justiça Émerson Garcia⁵ que, em obra dedicada exclusivamente à improbidade

5 GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 9ª ed. 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1590



administrativa, ainda que antes das alterações promovidas pela Lei n.º 14.230, assim registrou:

Interrompida a prescrição, recomeça ela a fluir a contar do ato que a interrompeu. Sendo a propositura da ação o marco inicial do novo lapso temporal prescricional, possível será a implementação, no curso da própria relação processual, do que se convencionou chamar de prescrição intercorrente. Ocorrerá esta sempre que, entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença, verificar-se o escoamento do lapso prescricional previsto no art. 23 da Lei n.º 8.429/1992 e **restar caracterizada a inércia do autor da ação.**

Por evidente, não será possível falar em inércia nos casos em que o processo esteja suspenso ou em que a prática de determinado ato independa de qualquer impulso processual a cargo do autor, estando à mercê, única e exclusivamente, do serviço judiciário. Assim, verificado que o autor não deu causa à paralisação do processo, normalmente nas situações que está decorrer de subterfúgios utilizados pelo demandado, não haverá que se falar em prescrição. (grifamos)

O referido autor⁶ ainda explica como se dá a caracterização da inércia do Ministério Público para fins de fluência do lapso prescricional:

A caracterização da inércia do autor, para fins de fluência do lapso prescricional, independente da intimação prévia referida o art. 458, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, tratando-se de dispositivo de natureza eminentemente processual e que deve anteceder a extinção do processo sem resolução do mérito nas hipóteses dos incisos II e II do mesmo preceito; a prescrição, por sua vez integra o direito material e, a extinção do processo com resolução do mérito.

Acresça-se que a grande maioria das ações que buscam a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/1992 é ajuizada pelo Ministério Público, o qual deve ser intimado pessoalmente de todos os atos e termos do processo. Por este motivo,

6 GARCIA, Emerson. op. cit., p. 1591/1592



a prescrição intercorrente somente poderá ser verificada caso o órgão ministerial receba os autos, os devolva sem qualquer pronunciamento e seja detectada a sua paralisação, tratando-se de situação excepcional que, consoante as regras de experiência, raramente ocorre. Em sendo emitido pronunciamento, o processo deverá retornar ao Ministério público, para fins de cientificação da deliberação do órgão jurisdicional, o que praticamente afasta a possibilidade da prescrição intercorrente. Emitido o pronunciamento e sendo detectado o mau funcionamento do serviço judiciário, acarretando a paralisação do processo, não haverá que se falar igualmente em prescrição, já que inércia não houve. (grifamos)

Nesse sentido, registra-se importante decisão do STJ, em que se firmou a impossibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente no âmbito das ações de improbidade administrativa e, consignou que, **se tal fosse possível, seria necessário demonstrar a inércia do autor da ação**:

ADMINISTRATIVO. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR. SÚMULA 115/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXPEDIÇÃO DE CARTEIRAS NACIONAIS DE HABILITAÇÃO SEM OBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO CONFIGURADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 11 E 12 DA LEI 8.429/92. PROPORCIONALIDADE DA PENA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS ACÓRDÃOS.

[...]

4. Da leitura do art. 23 da Lei 8.429/92 não se pode constatar a possibilidade de ocorrência de prescrição intercorrente nas Ações de Improbidade Administrativa, uma vez que o aludido comando legal somente se refere a prescrição quinquenal para ajuizamento da ação, contados do término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança.

5. Ainda que se admitisse a tese de prescrição intercorrente, o transcurso de prazo superior a 5 anos, entre a data de propositura da ação e a data da sentença, não é suficiente para caracterizá-la, sendo necessária a demonstração de inércia da parte autora.

[...]



10. Recurso Especial a que se nega provimento. (REsp 1218050 / RO - RECURSO ESPECIAL 2010/0174650-8. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. PRIMEIRA TURMA. DJe 20/09/2013) (grifamos)

Por outro lado, é importante registrar que o reconhecimento da prescrição intercorrente agora previsto Lei de Improbidade Administrativa **somente deverá ocorrer depois de transcorrido o lapso de 04 (quatro) anos da publicação da Lei 14.230/2021**. Isso porque há incidência do princípio da irretroatividade das leis esculpido no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e ao postulado processual *tempus regit actum*, contido no artigo 14 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente:

LINDB

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

CPC

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

A respeito do tema, o professor Marcus Vinicius Furtado Coêlho⁷ pondera que

A estipulação de uma regra explícita sobre direito intertemporal atende a um valor caro a qualquer ordenamento jurídico, que é a segurança, especialmente quando se trata de uma alteração substantiva do sistema processual pátrio, como a promovida pelo CPC. O art. 14 do diploma, nesse sentido, deve ser interpretado à luz do art. 5º, XXXVI da Constituição, que consagra como direito fundamental o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Garantia esta também

⁷ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado: Arts. 13, 14 e 15 do CPC - Aplicação das normas processuais. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/301790/arts--13--14-e-15-do-cpc---aplicacao-das-normas-processuais>. Acesso em 27/10/2021



contemplada no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual "a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". Nesse sentido, pode-se falar em direito adquirido processual, tendo em vista que a lei processual nova não pode retroagir para prejudicar direito processual adquirido nos termos da lei revogada.

É fundamental ponderar que a presente situação se assemelha ao momento de entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em 18/03/2016, podendo se aplicar o mesmo entendimento doutrinário e jurisprudencial dos casos em que houve redução do prazo prescricional, criando uma regra que prejudica o direito do autor da ação. A respeito, lecionam Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Rizzardo Filho e Carine Ardissonne Rizzardo⁸:

Havendo redução do prazo relativamente ao da lei anterior, prevalecerá o mesmo, desde que o prazo da lei antiga não se escoar antes do prazo menor vindo com a lei nova. No entanto, se o prazo menor da lei nova terminar antes do prazo maior que vinha na lei antiga, incidirá o prazo menor da lei nova, **que se conta a partir da vigência da lei nova.** (grifamos)

Importante registrar, ainda, que o Pleno do Superior Tribunal de Justiça, com base no princípio do *tempus regit actum* e em homenagem à segurança jurídica também elaborou os Enunciados Administrativos n. 2 e 3 do STJ, esclarecendo a forma de aplicação da nova norma processual:

Enunciado 2. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os

⁸ ARNALDO, RIZZARDO,.; ARNALDO, RIZZARDO. F.; ARDISSONE, RIZZARDO,. C. Prescrição e Decadência, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018



requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Enunciado 3. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Portanto, como não havia qualquer previsão legal tratando da prescrição intercorrente em improbidade administrativa e, justamente por tal razão a jurisprudência não reconhecia o instituto, não há que se falar em direito adquirido de quem quer que seja.

Assim, o prazo de 4 anos, a ser contado entre os marcos interruptivos previstos no §4º do art. 23 da LIA, terá seu termo inicial na data de entrada em vigor da nova regra, ou seja, 26/10/2021, não podendo ser contado no cálculo de tal lapso o tempo transcorrido anteriormente.

Outro ponto de grande importância a ser considerado é que a instituição da prescrição intercorrente, na forma como foi realizada pela Lei 14.230/2021, evidencia a ocorrência de pelo menos duas **hipóteses de inconstitucionalidade que ficam prequestionadas desde logo**, sendo a primeira por ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição da República de 1988 e a segunda por ofensa aos princípios da proporcionalidade e da vedação de retrocesso.

Como se sabe, o princípio da inafastabilidade da jurisdição determina que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, incluídos aqui, evidentemente, as lesões aos direitos difusos e coletivos, como o direito fundamental à probidade administrativa.

Diante disso, o reconhecimento da prescrição intercorrente se apresenta como verdadeiro óbice processual à obtenção de provimento jurisdicional sobre a caracterização de atos de improbidade administrativa e a respectiva aplicação das sanções. Isso porque as ações de improbidade administrativa comumente demandem maior tempo de tramitação por questões inerentes à sua própria natureza e complexidade, além de envolver a realização de



perícias complexas e a análise de grande volume de documentos, sem falar da possibilidade da utilização de prova emprestada produzida em processo penal, como a interceptação telefônica, que exige aprofundada análise.

Logo, o exíguo prazo de 4 (quatro) anos para o processamento de ação de improbidade administrativa e obtenção de sentença de procedência (a publicação de sentença de improcedência não interrompe o prazo) transitada em julgado é impraticável, resultando disso que apenas as ações que envolvam práticas singelas de improbidade, por servidores do baixo escalão, serão julgadas no diminuto prazo concedido.

Assim, considerando a complexidade que é peculiar às ações de improbidade, dificilmente elas escaparão do alcance da prescrição intercorrente, aniquilando-se, assim, a garantia constitucional de se ver apreciada pelo Poder Judiciário a lesão à moralidade administrativa.

Já a segunda hipótese de inconstitucionalidade leva em consideração que a Lei n.º 8.429/1992 foi editada tendo como escopo não apenas proteger o patrimônio público, mas também a moralidade administrativa protegida e determinada pelo artigo 37, caput, da Constituição da República de 1988.

Posteriormente, em 31 de janeiro de 2006, a Convenção de Mérida foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, por meio do Decreto n.º 5.687/2006. Tal convenção estabelece que cada Estado parte deve agir para prevenir a corrupção, bem como a adotar “*medidas legislativas e de outras índoles*” para penalização de condutas ilícitas, sobretudo o “*abuso de funções ou do cargo*”, “*a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade*” (art. 5º e art. 19, da Convenção de Mérida).

E, explicitamente, a mesma Convenção de Mérida impõe o dever do Estado Parte:



Prescrição

Cada Estado Parte estabelecerá, quando proceder, de acordo com sua legislação interna, um prazo de prescrição amplo para iniciar processos por quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção e estabelecerá um prazo maior ou interromperá a prescrição quando o presumido delinqüente (SIC) tenha evadido da administração da justiça.

Ocorre que no dia 25 de outubro de 2021 foi sancionada a Lei n.º 14.230, que alterou a Lei n.º 8.429/1992, qual seja, a Lei de Improbidade Administrativa. A nova lei inseriu, revogou e alterou o sistema de combate à corrupção em inúmeros pontos, dentre os quais se destaca a prescrição intercorrente, afrontando a Constituição da República, bem como a Convenção de Mérida, sobretudo quando aplicada aos processos em curso, em situações jurídicas consolidadas.

A Constituição Federal possui como norte, dentre outros, o princípio da proporcionalidade. Para Flávio Martins⁹, tal princípio encontra-se implícito na Constituição brasileira e tem como objetivo verificar a constitucionalidade das leis e atos normativos que limitam os efeitos de normas constitucionais.

Gilmar Ferreira Mendes¹⁰, por sua vez, leciona que

“A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins” e que “Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado **a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente.** (...)”

⁹ NUNES JÚNIOR. Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 519

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 201



se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envia esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção” (Destacamos)

Luiz Fux, Ministro do Supremo Tribunal, ao tratar sobre tal princípio pontuou que

O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na **proibição de proteção deficiente**; in casu, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. (7STF. RE 966177 RG-QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.) (Destacamos)

No caso, o Min. reconheceu a ofensa ao princípio constitucional da **vedação da proteção deficiente**, “*na medida em que a fragilização da tutela penal do Estado (...) deixa a descoberto direitos fundamentais*”, que o Estado deveria salvaguardar. Destaca-se, ainda, como direito fundamental o dever do Estado em promover a segurança pública (art. 144, CF/1988) e o combate à corrupção.

Luís Roberto Barroso, Min. do Supremo Tribunal Federal, conceituou o **princípio da proibição da proteção deficiente** da seguinte forma:

Portanto, para assegurar que o Estado cumpra, na justa medida, os seus deveres de proteção, o princípio da proporcionalidade, básico nessa matéria, flui por duas vertentes distintas. A primeira, a proibição do excesso, a qual permite, ou impede, que o Estado interfira indevidamente com liberdades individuais. Mas há uma segunda dimensão para o princípio da proporcionalidade: a vedação à proteção insuficiente que se dá quando o Estado deixa de estabelecer normas e procedimentos adequados à proteção dos valores constitucionais. Logo, é possível - e aqui é o caso - violar-se o princípio da proporcionalidade pela proteção insuficiente de valores condicionais. (STF: 8ADI 5874, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 04-11-2020 PUBLIC 05-11-2020.)



Para o saudoso ex-Ministro do STF, Teori Albino Zavaski¹¹, **o princípio da proporcionalidade também abrange uma dimensão positiva**, qual seja, a da **vedação à proteção estatal insuficiente** de direitos e princípios constitucionais, concluindo que o Estado atua de forma inconstitucional “quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes”.

De acordo com Juliano Augusto Dessimoni Vicente¹², Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo, em artigo publicado na Revista Jurídica da Escola Superior do MP/SP, ao tratar do mandado implícito de criminalização previsto na Constituição, pontuou que:

Os mandados de criminalização, mandamentos de criminalização, ordens de penalização, cláusulas de criminalização ou obrigações constitucionais de criminalização são determinações constitucionais que impõem ao legislador um dever de proteção jurídico-penal a determinados bens. A Constituição Federal, ao estabelecer entre os seus direitos fundamentais (art. 5º) os mandados de criminalização, deliberou por alçar o direito penal como um instrumento imprescindível à consecução dos fins do Estado, de forma a garantir, também, a observância de seus pilares, consagrados no art. 1º (fundamentos do Estado brasileiro) e no art. 3º (objetivos da República).

[...]

Na medida em que a Constituição contempla a cidadania e a dignidade humana como seus fundamentos, e indica como seus objetivos imprescindíveis construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento

11 STF. HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118.

12 Disponível em:

<http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/301>. Acesso em 09 de junho de 2020.



nacional, erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem comum sem qualquer forma de preconceito ou discriminação, o direito penal deverá se orientar para preservar esses valores, que em última análise integram o conceito de justiça constitucionalmente consagrado. A prática reiterada de corrupção e de fraudes nos procedimentos licitatórios, principalmente quando realizadas por organizações criminosas, corroem os alicerces do Estado Democrático de Direito, reduzindo drasticamente a efetividade do exercício das funções estatais. (Destacamos)

No caso, há na Constituição Federal, de forma similar, não um mandado de criminalização, mas um claro mandado **protetor da moralidade administrativa e sancionatório aos atos ímprobos**¹³, impondo-se, portanto, ao legislador o dever de proteção jurídica a determinados bens como instrumento realizador dos fins estatais e garantindo-se o respeito aos fundamentos do Estado brasileiro, notadamente a cidadania e dignidade humana (art. 1º), e os objetivos da república, qual seja, garantir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem comum sem qualquer forma de preconceito ou discriminação (art. 3º).

Em sentido semelhante, pode-se fazer menção, ainda, ao **princípio da vedação ao retrocesso**, tido como princípio implícito, pela doutrina, em nosso ordenamento constitucional. Inicialmente, foi garantido pelo Supremo Tribunal Federal para situações que demandavam uma atuação positiva do Poder Público, especialmente quanto aos direitos fundamentais sociais, porém se consagrou como um limitativo às atuações do Estado que se **pautavam em involuções desarrazoadas, valorando vontades particulares que se afastam do interesse público**.

O Poder Legislativo tem como uma de suas principais competências a edição de leis, a fim de que sejam observadas e cumpridas pelos cidadãos, porém, há certas limitações de natureza material que devem ser consideradas na atuação do legislador, como o respeito ao

13 Art. 37, §4º, CRFB/1988: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.



núcleo essencial dos direitos fundamentais resguardados pelo constituinte. Confira-se explicação de Pedro Lenza¹⁴ sobre a referida norma principiológica:

O legislador, ao regulamentar os direitos, deve respeitar o seu núcleo essencial, dando as condições para a implementação dos direitos constitucionalmente assegurados. E o Judiciário deve corrigir eventual distorção para se assegurar a preservação do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. **Ainda, nesse mesmo contexto, deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de 'effet cliquet'.** (Destacamos)

Canotilho, Mendes e Streck¹⁵ também ressaltam que “trata-se de um instrumento de proteção contra atos que, sob uma aparente legalidade, colidem com o âmbito de proteção já efetivado dos direitos fundamentais, e dos direitos sociais em especial, motivo por que poderão ser sempre impugnados judicialmente, por inconstitucionalidade”.

Nesse ponto, impende destacar as lições do Min. Luís Roberto Barroso¹⁶ acerca do **princípio da vedação ao retrocesso**:

Por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. (...) O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação.

14 LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1875.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et. all. Comentários à Constituição do Brasil. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 575.

16 BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 158/159.



Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

Em atenção a este entendimento, temos os direitos fundamentais à igualdade e à probidade administrativa que proporcionaram relevantes avanços ao afastar qualquer tratamento desigual e/ou imoral no âmbito das relações jurídicas, de modo que as previsões constantes no art. 23, §§ 4º e 5º, da Lei 8.429/92, após alterações levadas a curso pela Lei nº 12.340/2021, esvazia de forma contundente a proteção de tais direitos, afigurando-se materialmente constitucional.

Isso porque, com a implementação da prescrição intercorrente, restarão prejudicadas e prescritas inúmeras ações de improbidade administrativa que já estão em andamento e corriam regularmente sob a égide da antiga Lei nº 8.429/1992.

Segundo pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015¹⁷, o tempo médio decorrido entre a data de ajuizamento da ação e o julgamento no TJSP foi de 2.702,35 dias (7,40 anos), com média nacional de 1.548,63 dias (4,24 anos) porque contou com dados do TJPA, TJRN e TJMT, além do TRF4, que apresentaram tempo menor de resolução.

Ainda que não pesquisado o Estado do Rio de Janeiro, certo é que a verossimilhança dos números pesquisados pode ser denotada das ações de improbidade que tramitam nesta Comarca de XXX, como a presente em que, desde a propositura da ação até a presente data, decorreram XXXX anos sem sequer haver recebimento da petição inicial ou haver sido finalizada a instrução, pela demora burocrática que não pode ser imputada à desídia do autor, representante da sociedade, que com ela não contribuiu.

17 <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/320/1/Justi%C3%A7a%20Pesquisa%20-%20Lei%20de%20Improbidade%20Administrativa.pdf>



Além disso, o CNJ, mediante a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 nº 162¹⁸, constatou que, em 2019, ingressaram no Poder Judiciário 31.371 processos com o “Assunto 10011” (Improbidade Administrativa), 22.373 processos novos com o “Assunto 10012” (Dano ao Erário), 6.068 processos com o “Assunto 10013” (Enriquecimento ilícito), 17.022 processos com o “Assunto 10014” (Violação aos Princípios Administrativos), sendo que “Somando-se os diversos assuntos, o painel Justiça em Números do ano de 2019 computou um total de 73.981 processos novos relacionados a atos de improbidade administrativa, em todas as instâncias do Poder Judiciário nacional”.

Ora, é cediço que as ações de improbidade administrativa abarcam casos, em sua maioria, com grande quantidade de demandados e notória dificuldade de tramitação, pois demandam maior tempo para conclusão devido à complexidade dos fatos investigados e da produção das correspondentes provas da prática do ato ímprobo pelos demandados.

Ao longo da instrução, são essenciais, por exemplo, a análise de documentos e informações, fruto, por exemplo, de quebra de sigilos bancário e fiscal, perícia em documentos, oitiva de testemunhas, inclusive em outros Estados e países, atuação cooperativa de outros órgãos de controle da administração pública e inspeções de obras e serviços. Não bastasse, muitos dos investigados nesse tipo de ilícito são pessoas politicamente influentes e que ocupam relevantes cargos públicos, utilizando-se, no mais das vezes, de tal condição para tentar interferir no curso processual e no próprio julgamento das ações de improbidade.

Sua tramitação ágil não dependeria, portanto, de mera proatividade ou resolutividade do órgão investigativo ou do judiciário, pois a própria natureza dos ilícitos de improbidade administrativa demanda processos com diligências mais aprofundadas.

Assim, a aplicação da prescrição intercorrente no âmbito da improbidade administrativa nos termos do art. 23, principalmente se considerada a possibilidade de sua

¹⁸ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/ods-16-improbidade-administrativa-v22072021-140921.pdf>



aplicação de forma imediata, incidindo sobre as inúmeras ações que já estão em curso, ajuizadas regularmente sob a égide do ordenamento em vigor e que sabidamente passariam a ser consideradas prescritas por exigências legais que não existiam no momento de seu ajuizamento, evidencia a intenção do legislador em efetivar o esvaziamento da Lei de Improbidade e o retrocesso na proteção da probidade, igualdade e moralidade.

Há nítido **desvio de finalidade** da lei e do próprio fundamento que a originou: a pretexto de proteger e assegurar a moralidade administrativa, sancionando condutas ímprobas como determina a Constituição Federal (art. 37, caput e § 4º), **criou mecanismos que, se aplicados de forma retroativa, importarão na extinção em massa das ações de improbidade administrativa ajuizadas, a tempo e modo pelo titular da pretensão, nos moldes da legislação então em vigor.**

Assim, caso interpretada a norma de modo a retroagir os efeitos da prescrição intercorrente, alcançando período na qual era inexistente no ordenamento jurídico pátrio, a Lei nº 14.230/2021 terminará por, ao invés de proteger a moralidade administrativa, concretizar as violações que o princípio da vedação ao retrocesso busca evitar, qual seja, a predominância de interesses particulares sobre o público, regredindo na proteção de direitos já concretizados e estimulando a impunidade.

Nessa senda, a adoção de medidas que mitiguem a prevenção da corrupção, notadamente a inserção da prescrição intercorrente, inserida pela Lei nº 14.230/2021, no art. 23, §§ 4º e 5º, violam o princípio da proporcionalidade, em razão da proibição da proteção deficiente, sobretudo em face do mandado de sanção previsto no art. 37, §4º, da CF, do disposto na Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, como também afrontam o princípio da vedação ao retrocesso.

III - PEDIDOS

Nesses termos, requer o Ministério Público o reconhecimento, incidental, da inconstitucionalidade das normas que instituíram a prescrição intercorrente, no âmbito da Lei



nº 8429/92, por meio de alterações promovidas pela Lei nº 14230/21 (artigo 23, §§ 4º, incisos II a V, 5º e 8º, da Lei nº 8429/92.

Alternativamente, requer o Ministério Público que se reconheça que o prazo de 4 anos para que pretensão punitiva estatal condenatória por ato de improbidade seja fulminada pelo fenômeno da prescrição intercorrente deva ser contado, nos processos em curso, como o presente, a partir da data de publicação da Lei n.º 14.230/21, exigindo-se, para seu reconhecimento, não só o decurso do tempo, mas também a comprovada inércia do autor.

Acolhidos os pedidos acima, formulados alternativa e subsidiariamente, requer o Ministério Público o regular prosseguimento do feito.

Por oportuno, para efeito de prequestionamento, reforça-se que conclusão diversa da acima exposta afronta flagrantemente os artigos 5º, XXXV, e 37, § 4º, da CRFB/88, além de violar o disposto no artigo 6º, da LINDB, artigo 14, do Código de Processo Civil.

Nestes termos, pede deferimento.

XXXXXXXXXXXX/RJ, XX de XXXXXX de 2021.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Promotor de Justiça