

**DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A VEDAÇÃO
DA PROTEÇÃO DEFICIENTE: Uma análise das repercussões jurídicas da lei nº
14.230/2021**

**FUNDAMENTAL RIGHT OF ADMINISTRATIVE PROBITY AND THE
PROHIBITION OF DEFICIENT PROTECTION: An analysis of the legal repercussions
of the law 14.230/2021**

Bruno de Souza Martins Baptista

Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário CESMAC. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Criminologia, Políticas Criminais e Segurança Pública pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG (UFJF). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas.

bsouzamartinsbaptista@yahoo.com.br

Fernando Sérgio Tenório de Amorim

Doutor em Direito UFPE. Pós-doutor Universidade de Montréal. CA, Coordenador do Mestrado em Direito do CESMAC. Professor do PPGD da UFPE.

fernando.amorim@cesmac.edu.br

RESUMO

O presente artigo busca investigar se a Lei nº 14.230/2021, cujo propósito é promover aprimoramentos no sistema de tutela da probidade administrativa, logrou êxito em tal intento. Para tanto, faz-se uma abordagem sobre a teoria dos direitos fundamentais e seus desdobramentos eficaciais no ordenamento jurídico brasileiro, anunciando as suas diversas funções a partir de sua dimensão objetiva. Em seguida, passa-se a analisar a fundamentalidade do direito à probidade administrativa e suas repercussões jurídico-normativas. Num terceiro momento, analisa-se o princípio da vedação da proteção deficiente, expõe-se seu conceito e sua direta ligação com alguns dos desdobramentos eficaciais dos direitos fundamentais. Por fim, são expostas algumas das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 e se observa se os seus termos preservam um patamar jurídico mínimo de efetividade da tutela do direito fundamental à probidade administrativa.

Palavras-chave: Teoria dos direitos fundamentais. Direito fundamental à probidade administrativa. Vedação da proteção deficiente. Lei nº 14.230/2021.

ABSTRACT

This article intends to investigate if the Law 14.230/2021, whose purpose was to promote improvements in the administrative probity protection system, was successful in such an attempt. To do so, an approach is made to the theory of fundamental rights and its effective developments in the Brazilian legal system, announcing its various functions, from its objective dimension. Afterwards, the fundamentality of the right to administrative probity and its legal-normative repercussions is analyzed. In a third moment, the principle of the prohibition of deficient protection is analyzed, exposing its concept, and announcing its direct connection with some of the effective developments of fundamental rights. Finally, some of the changes brought by Law 14.230/2021 are exposed, analyzing if its

terms preserve a minimum legal level of effectiveness of the protection of the fundamental right to administrative probity.

Keywords: Fundamental rights theory. Fundamental right of administrative probity. The prohibition of deficient protection. Law 14.230/2021.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sofreram o influxo das mudanças de paradigma trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo neoconstitucionalismo, com o desenvolvimento de diferentes graus eficaciais, bem como pela ideia de multifuncionalidade de tais direitos, que estes passaram a exercer novas funções para além de sua dimensão subjetiva. A partir desta multifuncionalidade, consubstanciada nas inúmeras acepções dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, estes impuseram ao Estado o dever de concretizar tais valores fundamentais, seja através da proibição do excesso estatal, seja através da garantia de tutela de um determinado direito fundamental num patamar mínimo, a impedir ações erosivas ao seu conteúdo já garantido.

A Lei nº 14.230/2021, sob o pretexto da necessidade de se promoverem ajustes com vistas a conter possíveis incongruências e excessos, provocou profundas alterações em importantes dispositivos e institutos já existentes no sistema normativo de combate à improbidade administrativa, gerando inúmeros questionamentos. Este artigo busca responder à seguinte indagação: a Lei nº 14.230/2021, que busca corrigir supostos excessos ou incongruências da legislação anterior, é capaz de proporcionar um nível mínimo/adequado de tutela do direito fundamental à probidade administrativa? Este artigo busca, portanto, investigar se a Lei 14.230/2021, cujo propósito é promover aprimoramentos no sistema de tutela da probidade administrativa, logrou êxito em tal intento ou acabou por promover uma desproporcionalidade em tal tutela, pela proteção deficiente do bem jurídico.

Num primeiro momento, faz-se uma abordagem acerca da teoria dos direitos fundamentais e de seus desdobramentos eficaciais no ordenamento jurídico brasileiro, anunciando as diversas funções que tais direitos assumem a partir de sua dimensão objetiva. Após tal recorte, analisa-se a fundamentalidade do direito à probidade administrativa e suas repercussões jurídico-normativas na já anunciada multifuncionalidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Num terceiro momento, enfoca-se o princípio da vedação da proteção deficiente, expõe-se o seu conceito e se evidencia sua direta ligação com alguns dos desdobramentos

eficaciais dos direitos fundamentais. Por fim, são expostas algumas das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021, investigando se seus termos promovem uma adequada eficácia ao patamar jurídico mínimo de tutela do direito fundamental à proibidade administrativa.

1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS EFICACIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O neoconstitucionalismo, movimento com fundamentos jurídicos, políticos e filosóficos, trouxe como uma de suas importantes matrizes ideológicas o fortalecimento do caráter normativo dos princípios, conferindo-lhes aptidão para incidir, até mesmo diretamente, sobre hipóteses fáticas concretas, além da potencialização de sua função normogénica e de base interpretativa de toda a ordem jurídica. Embora os direitos fundamentais possuam toda uma teorização específica e uma evolução destacada na doutrina, estes sofreram influxo das mudanças de paradigma trazidas pelo movimento mencionado no parágrafo anterior, com o desenvolvimento de diferentes graus eficaciais, bem como com a ideia de multifuncionalidade de tais direitos, já que estes passaram a exercer novas funções para além de sua dimensão subjetiva. Sobre este movimento de centralização da constituição e dos direitos fundamentais, vale citar trecho de valioso trabalho de Miguel Gualano de Godoy:

A Constituição de 1988 estabeleceu, assim, uma nova forma de se encarar o direito constitucional, a interpretação e aplicação das normas constitucionais, especialmente a partir do seu caráter programático, de sua caracterização normativa e da centralidade dos direitos fundamentais. A partir dessa nova perspectiva sobre a Constituição e o direito constitucional, o papel do juiz também ganhou destaque, pois este já não mais necessita, obrigatoriamente, da intermediação do legislador para aplicar os princípios e as regras estabelecidos pela Constituição, podendo, pois, aplicá-los diretamente. (GODOY, 2015, p. 32).

Constata-se que os direitos fundamentais não se restringem à função de defesa do indivíduo em face de atos do Estado, mas, para além disso, refletem núcleos axiológicos de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com produção de eficácia em todo o ordenamento jurídico, constituindo diretrizes para todos os Poderes estatais. Na esteira do que preleciona Pérez Luño (1995), os direitos fundamentais constituem, para além de sua dimensão de defesa, um sistema valorativo com objetivos nucleares e fins determinantes da ação dos Poderes estatais, de forma que as ações positivas dos entes públicos devem seguir os rumos determinados por tais valores e, ainda, guardar observância aos princípios e limites contidos nas normas de natureza fundamental. Em reforço à ideia da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, cumpre mencionar Sarlet, que numa das mais importantes obras sobre o tema, afirma:

Posta a questão em outros termos, os direitos fundamentais, desde a sua dimensão objetiva, operam, como bem averba Miguel Presno Linera, não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduo e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica. (SARLET, 2015, p. 143).

No que tange à eficácia objetiva autônoma dos direitos fundamentais, entendidos como valores e fins que o Estado e a sociedade devem respeitar, anota o referido autor:

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 143).

Diante da anunciada ideia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais para além de sua faceta subjetiva, cabe, dado o propósito deste artigo, delinear as espécies de funções desempenhadas por tais direitos na ordem jurídica. Um primeiro desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se dá no que se denomina de sua “eficácia dirigente”. Sob esta ótica, os direitos fundamentais constituem mandamentos dirigidos ao Estado no sentido de que a este cabe a implementação e a concretização, em caráter permanente, dos conteúdos destas normas de natureza fundamental. Em outras palavras, os direitos fundamentais – para além dos casos de normas com imposições estatais específicas e imperativas – constituem mandamentos genéricos de concretização de seu conteúdo, com possibilidade de controle judicial de eventual omissão ou ação erosiva por parte de seu destinatário.

Outra função que pode ser apontada, em apertada síntese, concerne ao enquadramento dos direitos fundamentais no chamado “bloco de constitucionalidade”. Sob esse aspecto, na condição de normas que veiculam valores fundamentais a serem promovidos e respeitados pelo Estado e pela sociedade, os direitos fundamentais, em sua dimensão de normas de caráter objetivo, são considerados parâmetros para o controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais e demais atos normativos estatais.

Ainda no que se refere às dimensões da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, cabe mencionar o que se denomina de sua “eficácia irradiante”. Nesta vertente, os direitos fundamentais, na condição de direito objetivo, são diretrizes e vetores interpretativos para a aplicação das normas infraconstitucionais. Nas demandas submetidas ao Poder Judiciário em que é invocado o desrespeito ou a necessidade de observância do conteúdo de determinado direito fundamental, há que ser realizada pelo julgador uma hermenêutica jurídica no propósito de que sua interpretação se dê em conformidade com tais normas.

Analisando-se os direitos fundamentais pela sua correlação direta com a dignidade da pessoa humana, cumpre citar, na esteira da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a ideia das “garantias institucionais” (SARLET, 2015, p. 148). Tal expressão revela o mandamento segundo o qual determinados institutos – e aqui se acrescentam também os sistemas jurídicos de proteção de direitos fundamentais – devem ser protegidos contra a ação erosiva do legislador, sob pena de perda de eficácia do conteúdo jurídico de determinadas normas fundamentais, aspecto este que será abordado nos próximos capítulos. Ainda sobre esta vertente, vale citar Ferrajoli (2006, p. 22), que ao abordar importância das garantias constitucionais dos direitos fundamentais, afirma que “as garantias constitucionais dos direitos fundamentais são garantias próprias da democracia”.²

Um penúltimo ponto a ser observado sobre os desdobramentos de eficácia objetiva dos direitos fundamentais, listados aqui sem pretensão exaustiva, refere-se ao reconhecimento dos chamados “deveres de proteção do Estado”. Cabe a este proteger, preventiva e repressivamente, tais direitos em face de ações dos poderes públicos e de particulares. Nesta dimensão, incumbe ao Estado implementar medidas executivas ou legislativas com o fito de proteger o exercício de determinados direitos fundamentais.

Por fim, torna-se importante mencionar a eficácia objetiva dos direitos fundamentais sobre a criação, alteração e organização de instituições estatais e em relação ao procedimento. Isso porque, para além da já apontada função hermenêutica própria dos direitos fundamentais, cabe a estes ainda servir de base para a criação de normas procedimentais e de determinadas instituições, a fim de que possam promover e respeitar o conteúdo de tais direitos. O que se quer dizer é que os direitos fundamentais atuam como norte para a criação de procedimentos e determinadas estruturas estatais, de forma que não é possível um modelo de alteração da estrutura de proteção de determinados valores que promova, através de suas normas procedimentais, a regressão no grau de concretização de um direito fundamental reconhecido e consagrado, o que será melhor exemplificado adiante. Portanto, o que se pode verificar é que o movimento expansivo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica uma mutação constante de seus efeitos e gera um sistema de proteção para além de sua perspectiva subjetiva, resguardando sua força normativa enquanto normas centrais da ordem jurídico-constitucional. Deve-se, pois, investigar a repercussão do grau de extensão dos efeitos mencionados em face

² Tradução nossa. No original: “las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantía de la democracia”.

de um direito fundamental específico: o direito à probidade administrativa, o que será realizado a seguir.

2 DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICO-NORMATIVAS

Na esteira deste movimento jurídico que conferiu maior concretude aos direitos fundamentais e às normas de natureza principiológicas, os princípios que regem a atividade administrativa do Estado também adquiriram preponderância, seja no momento de criação legislativa, seja na atividade jurisdicional e, até mesmo, na definição das políticas públicas eleitas para serem desenvolvidas em determinado momento histórico. Torna-se então de extrema importância para este artigo realizar uma breve análise do princípio da moralidade administrativa, mencionando seu conceito, natureza jurídica e consequências para o sistema normativo que busca garantir uma administração pública proba, transparente e íntegra.

Sobre o princípio da moralidade administrativa, cabe trazer à baila o conceito de Dirley da Cunha Júnior:

A moralidade administrativa é um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé. (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 16)

Segue este autor a linha doutrinária (OSÓRIO, 2020, p. 81) que defende que a moralidade administrativa é considerada fonte do dever de probidade, de forma que este princípio constitui espécie do gênero moralidade administrativa. A violação (em sentido amplo) do princípio da moralidade administrativa pode resultar na configuração de atos de improbidade administrativa, considerados como espécies do fenômeno da má gestão pública. Consistem em condutas que violam diretamente as normas que regem a administração pública, tendo como objeto a grave desonestidade ou a ineficiência funcional. Assim, verifica-se que o princípio da moralidade administrativa que, como já dito, contém o da probidade administrativa, espalha-se por todo o ordenamento jurídico, a criar um autêntico sistema jurídico de tutela da atividade administrativa do Estado, que resulta na existência de um direito fundamental à probidade administrativa.

Dito isso, é importante colacionar normas jurídicas que servem de base para a probidade administrativa no aludido sistema jurídico, constituindo a fundamentalidade deste princípio.

Inserido no capítulo IV do título II da Constituição Federal de 1988 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o art. 14, § 9^o, ao prever a necessidade de Lei Complementar para tratar de outras causas de inelegibilidade, anuncia a probidade como um dos valores jurídicos a serem protegidos (BRASIL, 1988).

Já o art. 5^o, inciso LXXIII, da CF⁴, ao dispor sobre a ação popular, menciona expressamente a moralidade administrativa como valor a ser tutelado mediante o ajuizamento de tal modalidade de ação constitucional (BRASIL, 1988). O art. 37, § 4^o, da CF⁵, considerado o “coração da improbidade administrativa” dentro da Constituição, ao anunciar no *caput* os princípios constitucionais que regem a administração pública, especifica em seu parágrafo 4^o que a violação destes princípios pode configurar ato de improbidade administrativa, nos termos da lei, de forma que a prática de tais atos viola de forma relevante a probidade na administração pública.

A fim de concretizar, no plano legislativo, o comando normativo contido no artigo aludido no parágrafo anterior, foi editada a Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992), que define os atos de improbidade administrativa e as sanções cabíveis, legislação esta que sofreu profundas alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, que serão analisadas no último capítulo deste trabalho. Considerando a força normativa dos diplomas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, vale mencionar que o Brasil ratificou os seguintes tratados que versam sobre a corrupção e a probidade administrativa: a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da ODCE; a

³ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...] § 9^o Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁴ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] § 4^o 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.

Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da ONU.

A citação de tais diplomas normativos tem por objetivo demonstrar que, seja pela posição topológica do art. 14, § 9º, da CF, seja pelo conteúdo que se extrai deste e dos demais artigos citados, há que se falar na existência de um autêntico direito fundamental à probidade administrativa, fundamentalidade que traz importantes consequências na forma como tal núcleo axiológico deve ser protegido e promovido pelo Estado, na esteira da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Na perspectiva da fundamentalidade formal, a probidade administrativa foi erigida à categoria de direito fundamental, uma vez que o art. 14, § 9º, da CF encontra-se inserido no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). O constituinte não se limitou a somente realizar a citação de tal direito, mas enfatizou a necessidade de sua proteção (“a fim de proteger a probidade administrativa”), trazendo importante efeito normativo e simbólico.

Ocorre que, para além do caráter fundamental do direito à probidade administrativa em sua perspectiva formal, há quem entenda que podem ser considerados fundamentais quaisquer direitos positivados na Constituição Federal, desde que vinculados de uma forma efetiva à dignidade da pessoa humana. É o que se conhece por “fundamentalidade material”, sustentada por, entre outros, Ingo Sarlet (2008). Tais direitos materialmente fundamentais são também denominados por Alexy de direitos fundamentalmente substanciais, já que “[...] com eles são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade” (ALEXY, 2008, p. 522). Portanto, tendo a probidade administrativa uma forte ligação com a dignidade da pessoa humana, já que não se pode cogitar da existência de tal valor no âmbito da administração pública sem a existência de uma gestão proba, íntegra e honesta, o princípio da probidade administrativa tem a natureza de direito fundamental no aspecto material.

Ainda que se adote uma concepção restritiva do conceito de direitos fundamentais em seu aspecto formal, considerando apenas fundamentais os direitos previstos no título I da CF, a fundamentalidade do direito à probidade administrativa é extraída do que se denomina de direito fundamental não numerado ou decorrente, já que a probidade administrativa decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, dos tratados internacionais anticorrupção a que a República Federativa do Brasil adere, conforme abertura contida na cláusula prevista no art. 5º, § 2ª, da CF. Sobre a fundamentalidade do direito à probidade administrativa, Renee do Ó de Souza, analisando o art. 37, § 4º, da CF, é enfática ao afirmar:

Há neste dispositivo, também, elementos essenciais ligados à defesa do cidadão o atributo que caracteriza como um verdadeiro direito fundamental à probidade administrativa. Foi o que restou reconhecido quando o ministro Celso de Melo, na Ação Penal 470, mencionou que os graves atos de corrupção que estavam sendo julgados naquela ocasião feriam o direito fundamental a um governo honesto ou a uma proba administração. (SOUZA, 2019, p. 55)

No intuito de encerrar a contextualização jurídica do princípio da probidade administrativa e utilizando-se da categorização trazida por Ingo Sarlet (2015) acerca da dimensionalidade dos direitos fundamentais, é possível afirmar que o direito à probidade administrativa pode ser considerado um direito fundamental de terceira dimensão, haja vista que se trata de direito difuso, de natureza transindividual, cabendo ao Estado sua promoção e proteção. Assim, diante da constatação da natureza fundamental do princípio da probidade administrativa, conclui-se que, na esteira do que foi analisado no capítulo anterior, tal direito fundamental projeta diversos efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (eficácia irradiante) e, igualmente, em face das ações dos Poderes estatais.

Há que se mencionar a observância da eficácia dirigente deste direito fundamental, de forma que cabe ao Estado, permanentemente, dirigir suas ações para implementar e concretizar este valor. Mais do que isso, para além da necessidade de concretização deste valor fundamental, é defeso ao Poder Público dirigir suas ações, executivas ou legislativas, no sentido de esvaziar o nível atual de tutela deste direito, mediante ações erosivas. Desta forma, em que pese a discricionariedade legislativa para promover alterações valorativas e normativas no sistema de tutela da probidade administrativa, desdobramento natural do Estado Democrático de Direito, deve ser objeto de controle de constitucionalidade (ou convencionalidade) qualquer alteração legislativa que viole a probidade administrativa enquanto garantia institucional.

Portanto, padecem de evidente inconstitucionalidade as alterações legislativas que modificam de maneira substancial o procedimento para tutela judicial da probidade administrativa e as hipóteses de configuração dos atos de improbidade, sobretudo quando se verifica que tais modificações, sob o véu da necessidade de aprimoramento do sistema de controle, escondem verdadeira intenção legislativa de esvaziamento do espectro de proteção deste direito fundamental. Diante da fundamentalidade do direito à probidade administrativa e de seus desdobramentos jurídico-normativos, e considerando que o objetivo deste artigo consiste em analisar se as alterações legislativas decorrentes da Lei nº 14.230/2021 promovem uma concretização adequada deste direito fundamental, cabe proceder a uma análise do princípio da proporcionalidade em sua acepção da vedação da proteção deficiente.

3 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E SEUS DESDOBRAMENTOS

O advento da CF/88 e a mudança de paradigma quanto à função da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro (neoconstitucionalismo), a concretização dos direitos fundamentais passou a ser o objetivo principal do Estado. Some-se a este fato a crise de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, incumbindo ao Estado cada vez mais proteger os cidadãos em face da violação de seus direitos básicos, no bojo de uma sociedade cada vez mais plural e com conflitos de massa. Além da acepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa do indivíduo em face de ações do Estado em suas esferas individuais (dimensão negativa), há a chamada dimensão positiva dos direitos fundamentais, porquanto eles igualmente constituem mandamentos dirigidos aos Poderes de Estado para que sejam concretizados, ainda que num patamar mínimo, mediante ações públicas direcionadas para este fim.

Lenio Streck (2008) expõe a ideia de proteção negativa, proporcionada pelos direitos fundamentais em face de atos que invadam um núcleo de inviolabilidade do cidadão, e de uma dimensão positiva dos direitos fundamentais, a exigir do Estado ações dirigidas a garantir um nível mínimo de efetividade desses direitos. A dimensão positiva dos direitos fundamentais guarda relação direta com a sua eficácia objetiva, anunciada no primeiro capítulo, mais especificamente com os chamados “deveres de proteção” pelo Estado. A não concretização desses direitos num determinado patamar de normatividade pode gerar a sua proteção deficiente.

No entanto, antes de se realizar o desenvolvimento da ideia de vedação da proteção deficiente, cumpre contextualizar a sua origem, já que decorre diretamente do princípio da proporcionalidade, aqui utilizado como critério que deve ser observado quando da criação e aplicação do direito (não constitui o objetivo deste artigo promover o seu enquadramento como princípio, regra ou postulado). Sobre as facetas do princípio da proporcionalidade, para Luciano Feldens:

Uma vez reconhecido que pesa sobre o Estado o dever de proteção de um direito fundamental, logicamente que a eficácia da proteção constitucionalmente requerida integrará o próprio conteúdo desse dever, pois um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido. Nesse tom, a partir do momento em que compreendemos que a Constituição proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de proteção, a proporcionalidade joga, aqui, como proibição de proteção deficiente. Diversamente do que sucede com a proibição de intervenção (excessiva), a função de imperativo de

tutela pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção, circunstância que torna sua operacionalização mais difícil em relação àquela. Observe-se: enquanto na proibição de intervenção excessiva a legitimidade da ação estatal é questionada em face de uma medida específica (precisamente aquela que foi adotada), na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais etc.). (FELDENS, 2008, p. 90-91).

Ainda sobre este aspecto, Gilmar Mendes faz a seguinte ponderação:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiui-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. (MENDES, 1999, p. 25).

Em relação ao princípio da proteção deficiente, verifica-se que este pode ser invocado quando o Estado, por ação ou omissão, viola o seu dever de proteção dos direitos fundamentais, tornando tal (in)ação inconstitucional. Em outras palavras, esta inconstitucionalidade em virtude de uma conduta comissiva ou omissiva que ocasione uma proteção deficiente de um determinado direito fundamental implica diretamente a ideia de uma “redução constitucionalmente adequada” do grau de discricionariedade legislativa ou executiva, já que os direitos fundamentais devem possuir um patamar mínimo de proteção.

Pode se afirmar, assim, que este espaço de discricionariedade dos Poderes estatais possui como limite superior a proporcionalidade em sua vertente da proibição do excesso e, como limite inferior, a ideia de proteção deficiente, a fim de que se possam corrigir atos estatais geradores de uma extrema desproporcionalidade entre os níveis de proteção de determinados bens jurídicos. Para Luiz Flávio Gomes:

Por força do princípio da proibição de proteção deficiente nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de proteção para o Estado (ou seja: para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental. O princípio da proibição de proteção deficiente emana diretamente do princípio da proporcionalidade, que estaria sendo invocado para evitar a tutela penal insuficiente. (GOMES, 2009).

Define-se a vedação da proteção deficiente como um critério constitucional de controle do grau de concretização mínimo dos direitos fundamentais em face da omissão estatal ou, ainda, em face de suas ações erosivas ao “núcleo eficaz mínimo” de um determinado direito

fundamental. Já no âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se do princípio da vedação da proteção deficiente como *ratio decidendi* em alguns casos. A título de ilustração, colaciona-se o seguinte trecho:

O princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados limites dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um núcleo essencial do direito, cujo conteúdo o legislador não pode atingir. Assegura-se uma margem de ação ao legislador, cujos limites, porém, não podem ser ultrapassados. O princípio da proporcionalidade permite aferir se tais limites foram transgredidos pelo legislador. (BRASIL, 2012b).

Em outro julgado, o STF desenvolveu mais uma vez a ideia da vedação da proteção deficiente:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). (BRASIL, 2012a).

Desta forma, tendo como base todo o desenvolvimento teórico e jurisprudencial relativo ao tema, pode-se perceber que nas situações em que os níveis mínimos de proteção de determinados direitos fundamentais encontram-se ameaçados, é possível invocar o princípio da vedação da proteção deficiente como critério jurisdicional de controle de eventual omissão estatal do seu dever fundamental de proteção. Seguindo o entendimento do duplo viés do princípio da proporcionalidade, abre-se a possibilidade de controle jurisdicional de seu conteúdo sob dois aspectos: o controle judicial pode decorrer da ideia de proibição do excesso estatal, bem como em face da proteção dos indivíduos contra omissões ou ações erosivas ante determinados direitos fundamentais. Apresentada a ideia de vedação da proteção deficiente, aliada às dimensões objetivas do direito fundamental à proibidade administrativa, cabe efetuar a uma análise das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 no sistema de tutela desta norma fundamental, sob aquelas balizas conceituais.

4 A LEI Nº 14.230/2021 E A TUTELA DEFICIENTE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

No dia 26/10/2021 foi publicada a Lei nº 14.230/2021, alterando importantes dispositivos da Lei nº 8.429/02 (BRASIL, 1992), com imediata entrada em vigor. Tendo em vista a inexistência de *vacatio legis* e a profundidade das alterações legislativas realizadas, muitos dos dispositivos têm sofrido intensos questionamentos. Antes de se adentrar na análise crítica da

constitucionalidade de determinadas alterações legislativas realizadas pela nova lei, é de suma importância realizar uma observação. O que este artigo pretende questionar não abrange, em absoluto, a mudança de aspectos da lei de improbidade administrativa, desdobramento natural do regime democrático e da discricionariedade legislativa, a exemplo da retirada do caráter exemplificativo do art. 11 da Lei, da não punibilidade de atos de improbidade culposos e da revogação de hipóteses anteriormente configuradoras de atos de improbidade administrativa, embora se possa questionar se tais mudanças não contribuem ainda mais para a impunidade dos agentes ímprobos.

Na verdade, o grande problema não consiste na possibilidade de alteração legislativa do sistema normativo que tutela a probidade administrativa, mas sim em que tal alteração, sob o pretexto de promover ajustes com vistas a conter possíveis incongruências e excessos, acabou por inviabilizar por completo a efetividade do sistema de controle, como se verá a seguir. Um primeiro ponto a ser observado, de natureza principiológica, é a tentativa de equiparação entre os princípios do direito penal e do direito administrativo sancionador. Isso porque, embora o parágrafo 4º do art. 2º⁶ da Lei de improbidade contenha a expressa previsão da aplicação, em seus dispositivos, dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, reforçado pela previsão contida no art. 17-D⁷, fato é que já se pleiteia nos processos a aplicação retroativa de seus dispositivos.

O que se quer dizer é que, sob o pretexto da aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador ao sistema de combate à improbidade administrativa, o que se tem realizado é a pretensão, ainda que velada, de aplicação de todos os princípios penais aos atos de improbidade administrativa, a exemplo da retroatividade da norma mais benéfica, independentemente de sua natureza. Embora haja semelhança entre os princípios e funções do sistema penal e do direito administrativo sancionador, com natural aproximação e diálogo normativo – conforme ocorrido nas últimas décadas –, tal equiparação gera evidente desproporcionalidade, tendo em vista a função, os objetivos e as sanções peculiares a cada sistema de controle.

⁶ Art. 2º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. [...] § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

⁷ Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Não obstante a semelhança em alguns pontos, não se pode comparar um sistema que possui como sanção a privação da liberdade (restrição máxima a tal direito fundamental) com outro que não afeta, pelo menos de modo “físico”, tal direito fundamental. Não é possível, portanto, utilizar as contenções de um sistema punitivo que “prende” em outro que “não prende”. Revela-se, assim, despropositado unir dois sistemas distintos quando o próprio legislador constitucional determinou a realização desta separação. Ademais, o direito penal tem como objetivo alcançar toda uma coletividade, enquanto o sistema de controle da proibidade administrativa atinge um público específico, com sanções que visam atingir o cargo público e as vantagens econômicas auferidas pelo agente ímprobo.

Cabe mencionar que, para quem defende a necessidade de incremento do sistema legislativo que combate a improbidade administrativa, com maior proteção normativa aos réus, o próprio direito administrativo sancionador já proporciona tal reforço nas suas garantias, haja vista que este possui critérios mais rígidos de proteção do direito público em comparação com o processo civil tradicional.

O que se defende neste ponto é que o processo administrativo sancionador não pode ser mais garantista que o processo penal, já que aquele também visa à proteção da vítima (sociedade). Por tal motivo, deve-se buscar um modelo de processo adequado aos diversos interesses que veicula, já que o garantismo, mesmo em relação aos agentes ímprobos, não pode ser unilateral ou “monocular”. Assim, uma vez realizada a análise, ainda que sucinta, da impossibilidade da completa equiparação entre o sistema penal e o direito administrativo sancionador, em virtude dos argumentos trazidos nos parágrafos anteriores, far-se-á uma avaliação (pontual e sumária) de algumas mudanças da nova lei que, de forma geral, geram uma proteção deficiente do direito fundamental à proibidade administrativa.

Um primeiro aspecto a ser abordado refere-se à pretensão de parte da doutrina, já presente em inúmeras ações de improbidade administrativa em curso, da retroatividade da nova lei no bojo destas ações, especificamente em face da revogação de determinadas hipóteses configuradoras de ato de improbidade administrativa constantes na Lei nº 8.429/92. Os defensores desta retroatividade afirmam que em virtude da aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador à lei de improbidade administrativa, bem como de sua equiparação com a principiologia do sistema penal, a revogação de determinadas hipóteses antes previstas como atos de improbidade administrativa tem como consequência automática a retroação aos processos em curso, gerando a extinção destas ações.

Sobre tal pretensão, um primeiro ponto a que se deve atentar é a ausência de previsão expressa na nova lei sobre a retroatividade de seus comandos. Ora, se o legislador buscava “anistiar” os réus das ações já em andamento sob a égide da lei anterior, por que não o fez expressamente? Embora se possa sustentar a retroatividade da nova lei mesmo diante da ausência de previsão expressa, diante da já aqui questionada aplicação do princípio penal da retroatividade da lei mais benéfica, qual o fundamento para a adoção deste princípio penal, considerando as ponderações de natureza crítica realizadas no parágrafo anterior?

Outro ponto que merece ser levantado é que a retroatividade da lei em relação às ações de improbidade já em curso, gerando a extinção das ações nos casos em que o ato de improbidade administrativa praticado deixou de ser considerado típico após a entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, acaba por configurar uma espécie de “anistia velada”, já que milhares de ações de improbidade que tramitam perante o sistema de justiça brasileiro serão extintas, acarretando uma enorme impunidade em face dos agentes ímprobos. Como se sabe, a concessão de anistia necessita ser expressa.

O esforço hermenêutico que busca a retroatividade da Lei de improbidade aos processos em curso resulta numa impunidade em massa, retirando a validade de um comando constitucional (art. 37, § 4º, da CF). Eventual objetivo de anistiar situações pretéritas deveria ter sido objeto de menção expressa, se fosse esta a intenção do legislador. Acatar a retroatividade da lei gera, ainda, relevante violação dos princípios constitucionais da irretroatividade das leis e da segurança jurídica. Outro ponto que merece análise, pela enorme relevância da alteração legislativa, refere-se à inserção do instituto da prescrição intercorrente no sistema normativo de combate à improbidade administrativa. Isso porque a Lei nº 14.230/2021 alterou de forma significativa o regramento da prescrição incidente sobre as ações de improbidade administrativa, devendo ser analisado o impacto do novo diploma sobre os procedimentos em curso. Neste sentido, no que concerne à prescrição, assim passou a dispor a Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

[...]

§ 4º O prazo da prescrição referido no **caput** deste artigo interrompe-se:

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.

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no **caput** deste artigo.

§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.

§ 7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais.

§ 8º 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. (BRASIL, 2021).

A fim de superar o entendimento jurisprudencial (STJ, 2021) até então pacífico no âmbito do STJ pela inaplicabilidade da prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa, em face da ausência de previsão legal, o legislador tratou de inserir tal instituto expressamente no sistema legislativo de tutela da probidade administrativo. No entanto, malgrado sua intenção de superar o referido obstáculo, a previsão legal da prescrição intercorrente padece de evidente inconstitucionalidade.

Em primeira análise, a previsão da prescrição intercorrente, nos moldes em que foi prevista, inviabiliza por completo a efetividade das ações de improbidade administrativa, fadando-as todas à completa inefetividade, sem exagero algum. Para demonstrar tal afirmação, basta verificar a previsão contida no art. 23, § 5º, que, depois de elencar os marcos interruptivos da prescrição, anuncia que após a interrupção da prescrição, seu prazo começa a correr pela metade, ou seja, em quatro anos. Tal mudança desconsidera (ou melhor, considera propositadamente) a realidade da Justiça brasileira que, com milhares de processos para julgamento, precisa prolatar uma sentença condenatória no período de quatro anos. Para agravar ainda mais o quadro, os marcos interruptivos da prescrição, previstos no § 4º do artigo acima colacionado, só incidem no caso de provimentos jurisdicionais favoráveis aos réus. Isto significa que, no caso de uma ação de improbidade com alta complexidade e inúmeros réus que, por exemplo, tramitou por três anos e meio entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença de improcedência, o Ministério Público só terá mais seis meses para reverter este quadro junto à segunda instância (ou na terceira instância, caso seu recurso seja improvido), sob pena de extinção do processo pela ocorrência da prescrição intercorrente.

Ora, não é preciso conhecer muito a realidade da Justiça brasileira para saber que se configura praticamente impossível que em seis meses após a prolação de sentença de improcedência o Ministério Público consiga ter o seu recurso apreciado pelo STJ ou pelo STF. Para corroborar tal constatação, estudo realizado pelo INAC (COSTA, 2017) verificou que uma ação de improbidade administrativa dura, em média, seis anos entre o ajuizamento da ação e a prolação de sentença, o que coloca uma pá de cal na discussão sobre a efetividade das ações de improbidade em face desta nova hipótese de prescrição intercorrente.

Como se não bastassem tais apontamentos, o incremento da completa impunidade vem quando se observa o contido no art. 17, § 10-F, inciso II⁸, que determina ser vedado ao magistrado indeferir requerimento de produção de prova formulado pela defesa do réu. Seguindo a literalidade desta disposição, basta o réu formular, por exemplo, requerimento de uma carta rogatória para a oitiva de uma testemunha que reside em outro país, para que tenha garantida a extinção do processo pela ocorrência da prescrição intercorrente.

Outro grave equívoco contido na nova lei refere-se aos marcos interruptivos da prescrição, que só incidem no caso de decisões favoráveis aos réus. Isso viola frontalmente o princípio da paridade de armas e gera uma completa desproporcionalidade, em virtude da proteção deficiente da proibidade administrativa. Ainda em relação à prescrição intercorrente, cumpre lembrar que, ao contrário do direito penal, que só reduz pela metade o prazo prescricional em hipóteses bem específicas (idade do agente ao tempo do crime ou da sentença), a lei de improbidade administrativa traz a redução pela metade de forma genérica, configurando regra mais severa do que o próprio sistema penal. Assim, a previsão da prescrição intercorrente que, diga-se de passagem, não deve retroagir aos processos em curso, em virtude de tratar-se de regra de natureza processual, estando sujeita à regra do *tempus regit actum*, é eivada de evidente inconstitucionalidade.

Isso porque, além de violar a paridade de armas, os comandos normativos acima mencionados retiram por completo a eficácia do art. 37, § 4º, da CF (mandamento constitucional de proteção da proibidade administrativa), que configura um núcleo normativo a definir um piso sancionatório mínimo para os atos de improbidade administrativa. Dito de outra forma, ao invés de o legislador moldar o art. 37, § 4º, da CF, dando maior efetividade a este direito

⁸ Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

fundamental, ele o inviabiliza por completo e gera uma desproporcionalidade na tutela do direito fundamental à probidade administrativa, em virtude da sua proteção deficiente.

Com o intuito de corroborar a ideia da proteção deficiente da probidade administrativa, mencionam-se alguns dispositivos que maculam a nova lei de evidente inefetividade, gerando impunidade aos agentes ímprobos: a) o art. 23-C⁹ da nova lei retira a incidência da lei de improbidade nos casos de desvios de recursos dos partidos políticos, favorecendo a improbidade eleitoral, sobretudo quando se verifica que a Lei nº 9.096/95 prevê que os dirigentes partidários são irresponsáveis pelas prestações de contas, e quando as comprovam, só necessitam reparar o erário, estando sujeitos somente a multa; b) o art. 21, § 4º¹⁰, da nova lei viola completamente a independência das instâncias, quando prevê que a absolvição em processo criminal, sob qualquer fundamento, impedirá a tramitação da ação de improbidade administrativa; c) os parágrafos 2º e 3º do art. 23¹¹ inviabilizam a adequada investigação de grandes casos de corrupção, que normalmente demandam tempo para a conclusão dos procedimentos, em virtude da complexidade dos fatos e da quantidade de investigados.

O que parece claro é que a Lei nº 14.230/2021 traz anistias camufladas e viola a aludida cláusula constitucional de proteção do sistema de tutela da probidade administrativa, cláusula esta que atinge a legislação infraconstitucional. Ademais, deve haver coerência hermenêutica quando da ponderação entre os direitos fundamentais dos acusados e o direito fundamental à probidade administrativa ou à anticorrupção, haja vista que a nova lei proporciona absoluta e evidente desproporcionalidade no grau de proteção do segundo direito fundamental, devendo ser declarada inconstitucional em todos os pontos acima levantados. Diante de todo o exposto, resta evidente que o art. 37, § 4º, da CF traz um piso sancionatório mínimo que não pode ser restringido pelo legislador ordinário. Configura a nova lei uma grave infringência ao disposto

⁹ Art. 23-C. Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

¹⁰ Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

[...] § 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

¹¹ Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em oito anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão.

§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

no texto constitucional, afinal, como já visto, o art. 37 consagra um direito fundamental e possui uma função normogénica, havendo violação ao princípio da vedação à proteção deficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais sofreram influxo das mudanças de paradigma trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo neoconstitucionalismo, com o desenvolvimento de diferentes graus eficáciais, bem como com a ideia de multifuncionalidade de tais direitos. Passaram a exercer novas funções para além de sua dimensão subjetiva. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais proporciona diferentes funções a estes, a saber: a) a sua “eficácia dirigente”, com mandamentos ao Estado no sentido de sua implementação e concretização; b) a sua função de parâmetro de constitucionalidade das normas infraconstitucionais; c) a sua “eficácia irradiante”, constituindo diretrizes e vetores interpretativos para a aplicação da legislação infraconstitucional; d) a função de “garantia institucional”, em que os direitos fundamentais servem como instrumentos de proteção contra a ação erosiva do legislador; e) a configuração dos chamados “deveres de proteção do Estado”, cabendo a este proteger os direitos fundamentais em face de ações dos poderes públicos e de particulares; f) a sua eficácia objetiva sobre a criação, a alteração e a organização de instituições estatais e em relação ao procedimento.

Com base nessa teorização e considerando a ideia de fundamentalidade formal e material, conclui-se pela existência de um direito fundamental à proibidade administrativa, projetando, assim, diversos efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (eficácia irradiante) e, igualmente, em face das ações dos Poderes estatais. Ante a necessária observância da eficácia dirigente deste direito fundamental, cabe ao Estado, permanentemente, dirigir suas ações a fim de concretizar este valor. Mais do que isso, para além da necessidade de concretização deste valor fundamental, é defeso ao Poder Público dirigir suas ações, executivas ou legislativas, no sentido de esvaziar o nível atual de tutela deste direito, mediante ações erosivas.

A dimensão positiva dos direitos fundamentais guarda direta relação com a sua eficácia objetiva, mais especificamente com os chamados “deveres de proteção” pelo Estado, de forma que a não concretização destes direitos num determinado patamar de normatividade pode gerar a sua proteção deficiente. A partir desta ideia, a nova Lei nº 14.230/2021 alterou importantes dispositivos da Lei nº 8.429/02, com imediata entrada em vigor, sob o pretexto da necessidade

de se promover ajustes com vistas a conter possíveis incongruências e excessos. No entanto, o que se pode perceber é que, utilizando-se deste pretexto, o legislador acabou por inviabilizar por completo a efetividade do sistema de controle e por gerar uma proteção deficiente do direito fundamental à probidade administrativa, bem como a violação da paridade de armas, ocasionando forte retrocesso social no nível de tutela de tal valor fundamental. A retroatividade de todos os termos da lei em relação aos processos em curso, a introdução do instituto da prescrição intercorrente (com suas excecências) e uma série de mudanças apontadas ao longo do último capítulo tornaram praticamente impossível a condenação de agentes ímprobos, configurando a manifesta inconstitucionalidade de seus termos, diante da proteção deficiente da probidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.230%2C%20DE%2025,que%20disp%C3%B5e%20sobre%20improbidade%20administrativa. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 104410**. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 27/3/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADC 29/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 16/2/2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085777/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-29-df-stf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

COSTA, Flávio. **Brasil leva 6 anos para julgar improbidade**: demora dificulta recuperação de dinheiro público. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm> Acesso em: 21 jan. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e o direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho [S.l.]. nº 29. Novembro, 2006. p. 15-31.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese de Doutorado, UFPR, Curitiba, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente**. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123. Acesso em: 18 jan. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Volume 2, nº 13. Junho. Brasília: Revista Jurídica Virtual, 1999.

OLIVEIRA, Alexandre Albagi. **O direito fundamental à probidade administrativa**: valor constitucional da probidade, contornos normativos e repercussões jurídico-legais. Orientadora Flávia Moreira Guimarães Pessoa. São Cristóvão, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed. Madri: Technos, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Renee do Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

STJ. **Ag Int no AREsp 1592282/PR**. Rel. Min. Francisco Falcão. Segunda Turma. Julgado em 2/3/2021, DJe 19/3/2021.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Volume 2, nº 13. Junho. Brasília: Revista Jurídica Virtual, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Acesso em: 17 jan. 2022.