

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR RELATOR DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO – DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS DA COSTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº.: 1005773-60.2022.8.11.0000

AGRAVANTE: BLAIRO BORGES MAGGI

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

SIMP Nº.: 000225-023/2022

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**, por seu Procurador-Geral de Justiça, em defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, no uso de suas atribuições legais e institucionais, nos autos do Recurso de Agravo de Instrumento em epígrafe, vem, à presença de Vossa Excelência, apresentar **CONTRARRAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com as razões que seguem anexas.

Termos em que pede e espera deferimento.

Cuiabá – MT, 13 de abril de 2022.

JOSÉ ANTÔNIO BORGES PEREIRA

Procurador-Geral de Justiça

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº.: 1005773-60.2022.8.11.0000

AUTOS ORIGINÁRIOS Nº.: 0059959-05.2014.8.11.0041

AGRAVANTE: BLAIRO BORGES MAGGI

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

CONTRARRAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

COLENDIA CÂMARA JULGADORA,

DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA,

1 - SÍNTESE PROCESSUAL

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por Blair Borges Maggi contra decisão interlocutória que indeferiu o pedido de reconhecimento da ocorrência da prescrição intercorrente, proferida pelo r. Juízo da Vara Especializada da Ação Civil Pública e Ação Popular da Capital, nos autos da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº. 0059959-05.2014.8.11.0041.

Em suas razões, o Agravante aduz que, após as alterações promovidas pela Lei nº. 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa, formulou pedido nos autos principais requerendo a sua extinção, com resolução de mérito, em razão de ter transcorrido o prazo da prescrição intercorrente, previsto no art. 23, §§ 4º, 5º e 8º da LIA.

Alega que o seu pedido foi indeferido pelo Juízo, sob o fundamento dos seguintes argumentos: **a)** a norma atinente aos prazos prescricionais, por ser de natureza processual, tem aplicação imediata, mas não retroage para alcançar situação consolidada sob a égide da lei processual anterior; **b)** não seria possível admitir a retroatividade da norma relativa aos prazos de prescrição e reconhecer a sua ocorrência no caso concreto porque se estaria a dar eficácia retroativa à norma do tipo sancionadora, que penaliza o titular da ação por sua inércia, em clara violação ao princípio da anterioridade (art. 5º, inciso XXXIX, da CF), além de também se violar o ato jurídico perfeito e o devido processo, princípios

constitucionais previstos no art. 5º, incisos LIV e XXXVI, ofendendo direito consumado da parte autora, que ajuizou a ação no prazo legal até então previsto; **c)** a aplicação retroativa da norma que prevê a prescrição intercorrente violaria, em âmbito processual, a boa-fé objetiva e a própria paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais; **d)** os prazos fixados na lei nova não podem retroagir para alcançar situação pretérita sujeita a procedimento diverso, com fase mais alargada (fase de defesa preliminar e fase de recebimento/rejeição da ação prévias à contestação).

Em síntese, sustenta que a decisão merece ser reformada, em razão de que, as normas de direito material, constantes na LIA, devem retroagir para beneficiar o réu, uma vez que versam sobre direito administrativo sancionador.

Ainda, pugna pela vinculação do Juízo cível à decisão proferida pelo E. TRF da 1ª Região, nos autos do HC nº. 1033427-05.2020.4.01.0000, nos termos do art. 21, § 4º da Lei de Improbidade Administrativa, que determinou o trancamento da ação penal que versa sobre os mesmos fatos da ação originária deste agravo de instrumento.

Assim, manifesta-se pela aplicação da prescrição intercorrente ao caso concreto e, subsidiariamente, pela aplicação do § 4º, do art. 21, da LIA, devendo, para tanto, ser reformada a decisão ora agravada.

Os autos foram distribuídos por prevenção ao Gabinete do Relator Desembargador Luiz Carlos da Costa, na 2ª Câmara de Direito Público e Coletivo do TJMT, que determinou a intimação do Ministério Público para o oferecimento das contrarrazões e, em seguida, vistas à Procuradoria-Geral de Justiça (ID 123112452).

Na sequência, vieram os autos a este Órgão Ministerial para apresentação das contrarrazões.

É o breve relatório.

2 - DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Conforme é cediço, o artigo 23, *caput*, da Lei nº. 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações promovidas pela Lei nº. 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, o § 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 nº. 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 nº. 8.429/1992, 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 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 Júnior¹ deixa clara a necessidade de que a paralisação do processo seja imputável ao credor:

Segundo a regra do art. 202², 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

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

2 Do Código Civil/2002. Art. 202. [...]

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

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 paralisação, o derradeiro ato praticado num processo, antes da paralisação”. Segundo o autor, “com o curso normal do processo, a cada ato ‘renova-se’ ou ‘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 prescrito”.

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. (sem grifos no original)

No mesmo sentido, o professor Arnaldo Rizzardo³ 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 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 ressurge 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 Rosendal: “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

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

razão de sua negligência em providenciar a imposição vinda do juízo, o que é diferente se o cartório se mostra negligente. (sem grifos no original)

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 Garcia⁴ que, em obra dedicada exclusivamente à improbidade 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. (sem grifos no original)

O referido autor⁵ 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

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

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

Público, o qual deve ser intimado pessoalmente de todos os atos e termos do processo. Por este motivo, 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. (sem grifos no original)

Nesse sentido, registra-se importante decisão do e. Superior Tribunal de Justiça, 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) (sem grifos no original)

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 nº. 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 Coêlho⁶ 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 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.

⁶ 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.

A respeito, lecionam Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Rizzardo Filho e Carine Ardissonne Rizzardo⁷:

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.** (sem grifos no original)

Importante registrar, outrossim, 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 números 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 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 nenhuma 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.

Corroborando nesse sentido, a 3ª Turma do e. Tribunal Federal da 1ª Região, entendendo pela natureza processual da prescrição intercorrente, não reconheceu a sua incidência ao caso submetido a julgamento, senão vejamos:

⁷ ARNALDO, RIZZARDO,.; ARNALDO, RIZZARDO. F.; ARDISSONE, RIZZARDO, C. Prescrição e Decadência, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.** APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRELIMINARES REJEITADAS. **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA.** CONSTRUÇÃO DE CONJUNTO HABITACIONAL PARA BENEFICIÁRIOS DE BAIXA RENDA. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PELO MUNICÍPIO. SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTRATO FIRMADO ENTRE O FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL FAR E A CORRÉ. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. BLOQUEIO DE PARTE DO PREÇO PELA CEF PARA PRESERVAR DIREITO DE TERCEIROS. DOLOU OU MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADO. APELAÇÕES PROVIDAS. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS. 1. [...] 2. Nos termos de entendimento jurisprudencial pacificado, os agentes políticos, notadamente prefeitos e ex-prefeitos, sujeitam-se às disposições da Lei de Improbidade Administrativa. 3. [...]. 4. **Ao instituir novas regras prescricionais para a ação de improbidade administrativa, a Lei nº 14.230/2021 previu, além da modalidade principal de prescrição já existente, a chamada prescrição intercorrente, que fulmina a pretensão sancionatória em razão da demora na apuração da conduta supostamente ímproba, contando-se o respectivo prazo de quatro anos a partir dos marcos interruptivos prefixados pelo legislador (art. 23, §4º, incisos I a V, da Lei nº 8.429/92).** 5. Não poderá haver retroação da nova regra que estabelece o prazo prescricional de oito anos para a propositura da ação (art. 23, caput, da Lei nº 14.230/2021), por agravar a situação do réu. 6. **A prescrição intercorrente obsta o exercício da pretensão punitiva em razão de causa extrínseca e posterior à propositura da ação, não atribuível às partes, devendo ser aplicada de forma prospectiva, dada a sua natureza eminentemente processual (inteligência do art. 14 do CPC).** 7. Caracteriza improbidade administrativa toda ação ou omissão dolosa praticada por agente público ou por quem concorra para tal prática, ou ainda dela se beneficie, qualificada pela deslealdade, desonestidade ou má-fé, que acarrete enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou afronte os princípios da Administração Pública (artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, com alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021). 8. O dolo e a má fé não se presumem, sendo a responsabilidade em matéria sancionadora eminentemente subjetiva. Disso deflui que não há improbidade sem desonestidade. A má-fé, comprometedora de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições é que deve ser penalizada (AC 39010920134013701/MA, Rel. Des. Fed. Ney Bello, 3ª Turma, PJe 01/07/2020.). 9. [...]. 14. Apelações providas. Sentença reformada.

Improcedência dos pedidos formulados na inicial. Absolvição dos réus Francisco das Chagas Rego Damasceno e Construtora Andrade Júnior e Comércio Ltda. (TRF 1ª R.; AC 0004573-61.2011.4.01.4000; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Monica Sifuentes; Julg. 22/03/2022; DJe 25/03/2022) (sem grifos no original).

Outro ponto de grande importância a ser considerado é que a instituição da prescrição intercorrente, na forma como foi realizada pela Lei nº. 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 demandam 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 nº. 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 nº. 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:

Artigo 29

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. (sem grifos no original).

Ocorre que, no dia 25 de outubro de 2021, foi sancionada a Lei nº. 14.230, que alterou a Lei nº. 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 Martins⁸, 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.

O Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes⁹, por sua vez, leciona que:

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

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

“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**. (...) se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar 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” (sem grifos no original)

Nessa mesma esteira, Luiz Fux, Ministro da Suprema Corte Brasileira, 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.) (sem grifos no original)

No caso, o citado Ministro 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, também Ministro 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 Zavaski¹⁰, **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 Vicente¹¹, 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 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. (sem grifos no original)

10 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.

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

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**¹², 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).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recente julgado versando sobre a incidência da prescrição intercorrente, afastou a verificação da prescrição intercorrente, mormente em homenagem ao princípio constitucional da proibição da proteção insuficiente. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Impossibilidade, a princípio, de aplicação retroativa da Lei nº 14.130/21, visto que ela não contém previsão nesse sentido. Inteligência do art. 6º da LINDB. Sem olvidar a polêmica no C. STJ acerca da possibilidade de retroatividade da Lei mais benéfica em se tratando de direito administrativo sancionador, mesmo que adotada a posição que admite a aplicação retroativa da Lei nº 14.130/21, é certo que não verificada a prescrição intercorrente. A aplicação analógica da Súmula nº 383 do STF ao caso em tela a fim de preencher a lacuna aberta pela Lei nº 14.130/21, conforme autorização legal contida no art. 6º da LINDB, afasta a verificação da prescrição intercorrente, mormente em homenagem ao princípio constitucional da proibição da proteção insuficiente. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; AI 2296054-78.2021.8.26.0000; Ac. 15482647; São Paulo; Segunda Câmara de Direito Público; Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi; Julg. 10/03/2022; DJESP 31/03/2022; Pág. 2051) (sem grifos no original).

Em sentido semelhante, pode-se fazer menção, ainda, ao **princípio da vedação ao retrocesso**, tido como princípio implícito, pela doutrina, em nosso ordenamento constitucional.

¹² 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.

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 núcleo essencial dos direitos fundamentais resguardados pelo constituinte.

Confira-se, a propósito, a explicação de Pedro Lenza¹³ 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'.** (sem grifos no original)

Canotilho, Mendes e Streck¹⁴ 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 novamente destacar as lições do Min. Luís Roberto Barroso¹⁵ 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. Assim, por

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

14 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.

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

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 nº. 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 inconstitucional.

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.

Um dado interessante diz respeito à pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015¹⁶, em que verificou-se que 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.

Além disso, o CNJ, mediante a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 nº. 162¹⁷, 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.

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

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

O presente caso, nesse sentido, deve ser levado em consideração, já que conta com 09 (nove) agentes no polo passivo, o que certamente demandará um tempo para processamento e julgamento muito maior do que as demais ações.

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 isso, 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 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.**

Portanto, 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, em vez 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.

Em relação ao **pedido de que seja declarado o impedimento à tramitação da presente ação de improbidade em face de Blairo Maggi**, em decorrência do trancamento da ação penal ajuizada em seu desfavor através do HC nº. 10334278-05.2020.4.01.0000¹⁸, vislumbra-se que **merece acolhimento**, haja vista que se amolda à nova previsão legal instituída pela Lei nº. 14.230/2021.

Neste sentido, vejamos o teor do art. 21, § 3º, da Lei n. 8.429/92:

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

(...)

§ 3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela **inexistência da conduta** ou pela negativa da autoria. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Nota-se que referido dispositivo conta com redação semelhante ao art. 935 do Código Civil, que dispõe:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, **não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.**

É fato que doutrina e jurisprudência pátria, antes mesmo do advento da Lei nº. 14.230/2021, admitiam a mitigação de independência entre as instâncias nos casos em que na esfera penal se reconhecia a inexistência do fato ou a negativa de autoria, inclusive em ações de improbidade administrativa, consoante veremos adiante.

Voltando à análise do caso concreto, transcreve-se trechos do voto do Exmo. Des. Ney Bello, Relator do HC nº. 10334278-05.2020.4.01.0000, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que demonstram a plena subsunção da situação do agravante Blairo Borges Maggi ao disposto no § 3º do art. 21 da Lei nº. 8429/92 e art. 935 do CC:

“(…) Compulsando o caderno processual, verifico que 3 (três) são os pontos nodais para justificar o que se pede: 1) anterior arquivamento determinado pelo STF de inquérito instaurado para apuração dos mesmos fatos; 2) inexistência de novos elementos de prova para a reabrir a investigação; e **3) ausência de justa causa na imputação do crime de corrupção ativa, ante a inexistência de ato de ofício, de nexos causal entre o paciente e as condutas supostamente delitivas e de elementos de convicção que comprovem sua participação.**

(…)

Da leitura atenta da nova denúncia oferecida pelo *parquet* em desfavor do ora paciente, que deu azo à ação penal que se pretende trancar, *primus et oculi* e salvo melhor juízo, entendo que o suposto fato típico cometido por ele é o mesmo: prática de corrupção ativa – art. 333, na forma dos artigos 69 e 327, todos do Código Penal –, no período em que ele foi Governador do Estado de Mato Grosso – janeiro/2003 a março 2010.

Com efeito, não vislumbro a presença de novos elementos de prova, além dos já sobejamente conhecidos, aptos a ensejar uma novel denúncia.

(…)

A falta de justa causa para a ação penal, em face da **atipicidade da conduta**, é motivo suficiente para a suspensão, por ora, da multicitada ação penal, na medida em que, constato, no caso em tela, a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, pois **não vislumbro a existência do ato de ofício concreto, praticado com infringência de dever funcional**, razão pela qual não se pode presumir, com base nos elementos constantes dos autos, o nexos existente entre a conduta imputada e a efetiva atuação do inculcado na prática delitiva narrada na denúncia. (…)- *(sem grifos no original)*.

Corroborando com o exposto, é válido mencionar que o Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso chegou a mesma conclusão de trancamento da ação penal e relação a Sérgio Ricardo – pelos mesmos fatos acima delineados –, **estendendo os efeitos do Habeas Corpus concedido pelo TRF da 1ª Região a Blairo Maggi.**

Vejamos:

As diversas preliminares suscitadas pelo acusado SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA passam a ser analisadas sob a ótica da tipicidade da conduta imputada ao réu e, por consequência, **da extensão dos efeitos do habeas corpus concedido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região em favor de BLAIRO BORGES MAGGI (HC 1033427-05.2020.4.01.0000).**

O Ministério Público Federal denunciou o acusado SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA por ter, em tese, cometido o crime de corrupção ativa por duas vezes e, na sequência, o crime de lavagem de dinheiro. A acusação, se deu nos seguintes termos:

[...]

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao conceder habeas corpus em favor de BLAIRO BORGES MAGGI, denunciado conjuntamente com SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA pelo crime de corrupção ativa (primeiro fato (2009), id 77958613 - Pág. 15), como derradeiro fundamento - não foi o primeiro e nem o principal - reconheceu não ter vislumbrado na denúncia ato de ofício concreto, razão pela qual terminou por trancar a ação penal em relação ao corrêu (Habeas Corpus 1033427-05.2020.4.01.0000, id 411736393 - Pág. 6).

Dessa forma, **tenho que a mesma conclusão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região em relação ao acusado BLAIRO BORGES MAGGI deve ser aplicada em relação ao acusado SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA, em face da atipicidade da conduta imputada ao réu, por não ter sido possível identificar na narrativa ministerial contida na denúncia o chamado ato de ofício , elementar do tipo penal, sem o qual não é possível falar-se em crime de corrupção ativa.**

O fato de não ser possível reconhecer na conduta do acusado SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA o crime de corrupção ativa, por ausência de ato de ofício, não significa, necessariamente, a impunidade da conduta descrita na denúncia.

Ainda que a conduta descrita na denúncia não configure o tipo penal do crime de corrupção ativa - o direito penal não alcança todas as condutas ilegais -, diante dos fortes indícios de que o acusado efetivamente comprou a aposentadoria de Conselheiro do Tribunal de Contas, para posteriormente ocupar esse mesmo cargo vago, conduta absolutamente imoral e ilegal, é possível que essa mesma conduta venha a ser qualificada como ato de improbidade administrativa, instituto jurídico com requisitos jurídicos próprios e campo de incidência mais amplo do que o tipo penal do crime de corrupção ativa ou, ainda, como crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/50), igualmente, conceito jurídico mais elástico e abrangente do que o tipo penal.

Dessa forma, tenho que **a partir dos fundamentos fáticos e jurídicos acima deduzidos, o acusado SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA deve ser sumariamente absolvido em razão de que o fato narrado não constitui crime de corrupção ativa na estrita acepção do termo jurídico (art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal).**

Uma vez absolvido sumariamente o acusado SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA pelos crimes de corrupção ativa, passo a tratar da imputação do crime de lavagem de dinheiro.

Contudo, se o acusado SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA foi absolvido pelo crime de corrupção ativa, tido por crime antecedente, **não é possível falar-se em lavagem de dinheiro, pois o crime de lavagem pressupõe um crime antecedente.** Destarte, a absolvição do crime antecedente acarreta, por consequência lógica, a absolvição do crime de lavagem, isto porque o que se pretende ocultar ou dissimular é o produto ou proveito do crime antecedente, que, no caso, não existiu.

Isto posto, **ABSOLVO SUMARIAMENTE o acusado SÉRGIO RICARDO DE ALMEIDA dos crimes de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98), em razão de que os fatos não constituíram crimes (art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal).**

[...]

Junte-se cópia desta sentença nos autos do processo nº 006682-11.2016.4.01.3600, assim como encaminhe-se cópia ao juízo da Vara Especializada em Ação Civil Pública e Ação Popular da Comarca de Cuiabá, processo nº 0059959-05.2014.8.11.0041.

Vê-se, portanto, que a decisão proferida pelo E. TRF da 1ª Região em benefício do agravante Blairo Borges Maggi, foi adotada pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso para absolver sumariamente o requerido Sérgio Ricardo, determinando, ainda, ao final, o encaminhamento de cópia da decisão ao Juízo da Vara Especializada de Ação Civil Pública e Ação Popular de Cuiabá-MT, para conhecimento, já que, as ações penais versam sobre os mesmos fatos que a ação cível originária.

Necessário salientar que, em caso símile, antes da edição da Lei nº. 14.230/2021, nos autos da **Reclamação nº. 41.557/SP**, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal determinou o trancamento de ação de improbidade em razão de decisão em HC que havia trancado ação penal sobre os mesmos fatos.

Destarte, colacionamos trechos do voto do Rel. Ministro Gilmar Mendes:

“O ponto central de tensão que aqui nos interessa nessa relação, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo – algo que foi objeto de preocupação da doutrina desde a publicação de *Das Verwaltungsstrafrecht*, por Goldschmidt, em 1902 – é a **limitação do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador.** (...)”

Acerca disso, afirma a doutrina:

“A unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*” . (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 241)

A assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio do *ne bis in idem*, resulta na compreensão, como será observado, que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos *subsistemas* mas também e principalmente na relação que se coloca entre ambos os *subsistemas* – trata-se aqui justamente de uma baliza hermenêutica para a qualidade da relação.

A Constituição Federal anuncia, no art. 37, § 4º, uma noção de independência entre as diferentes esferas sancionadoras:

“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.”

Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio

do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do *subsistema* do direito penal não pode ser revista no âmbito do *subsistema* do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do *subsistema* do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo *subsistema* do direito penal – este é ponto da independência mitigada.

O artigo 935 do Código Civil coaduna-se perfeitamente com esta interpretação: “*A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*”

Além disso, pertinente apontar a lógica da ação civil *ex delicto*, a partir da qual uma ação de reparação de danos poderá ser proposta em âmbito civil mesmo ante uma sentença absolutória, desde que, contudo, não se tenha estabelecido uma tese que reconheça a **inexistência do fato** ou **negativa de autoria**. Veja-se a doutrina:

(...) uma vez reconhecido na decisão absolutória (...) a prova de não ter o réu praticado a infração, parece-nos irrecusável que a instância civil haverá de se submeter ao referido conteúdo decisório, impedindo-se qualquer tentativa de responsabilização civil pelo fato. (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 2017. p. 200)

Desse modo, **se a fixação de uma tese de negativa de autoria impede a ação civil de indenização, mais ainda obstaculiza a ação civil de improbidade.**

(...)

A adoção de uma noção de ***independência mitigada*** entre as esferas penal e administrativa – **esta parece ser a posição mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade** – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), sobretudo do art. 12 (“*Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:*”), nos leva ao entendimento de que **a mesma narrativa fáctico-probatório que deu ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera**

penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do direito administrativo sancionador – círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos.

Nesse sentido, trago à baila novamente a lição de Helena Lobo:

“Isto porque decisões penais que reconheçam a inexistência de fato ou ausência de autoria não podem ser simplesmente desconsideradas pelo órgão administrativo (...) O princípio da proporcionalidade configura o fundamento jurídico do direito do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa (...) Para a identificação das hipóteses de aplicação do *ne bis in idem* examinado, devem-se verificar identidade de sujeitos, de objeto ou fatos e de efeitos jurídicos das sanções (natureza punitiva ou sancionadora). (...) Examinada a possibilidade de aplicação do *ne bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa no direito brasileiro, verificou-se que não apenas inexiste qualquer óbice para sua adoção, senão também que o princípio da proporcionalidade o impõe, já que a cumulação das vias penal e administrativa viola o subprincípio da necessidade.”(LOBO DA COSTA, Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador. 2013. p. 236-237)

Sobre isso, veja-se a jurisprudência recente da Corte:

EMENTA Processo administrativo disciplinar. Cassação da aposentadoria. Constitucionalidade. Independência das esferas penal e administrativa. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da possibilidade de cassação da aposentadoria, em que pese o caráter contributivo do benefício previdenciário. 2. **Independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando, na instância penal, se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa, o que não ocorre na espécie.** 3. Agravo regimental não provido, insubsistente a medida cautelar incidentalmente deferida nos autos. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, haja vista tratar-se, na origem, de mandado de segurança, art. 25 da Lei 12.016/09. (STF, RE 1044681 Agr., rel. Min. Dias Toffoli, 6/3/2018)
(...)

Com base nesses fundamentos, verificando-se, como se demonstrou, a identidade entre sujeito, conjunto fático-probatório e sanções de natureza punitiva, reconhece-se o direito do reclamante. (...)”.

Referido Julgado recebeu a seguinte ementa:

1. Reclamação constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao *bis in idem*. 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens.

No caso de Blairo Borges Maggi, conforme trechos acima transcritos, o acórdão do HC reconhece “**a inexistência de ato de ofício concreto (praticado com infringência de dever funcional), de nexos causal entre o paciente e as condutas supostamente delitivas, bem como de elementos de convicção que comprovem sua participação;**” - ou seja, concluiu pela inexistência da conduta imputada ao agravante e que também é objeto na ação de improbidade nº. 0059959-05.2014.8.11.0041.

Portanto, havendo a identidade dos fatos objeto da referida ação de improbidade e da ação penal trancada, circunstância inclusive já reconhecida pelo r. Juízo *a quo*, forçoso considerar que o julgamento do HC, no qual restou reconhecida a atipicidade e a ausência de conduta a ser imputada ao agravante Blairo Maggi, produzirá efeitos em relação à citada ação de improbidade.

Sendo assim, verifica-se que o trancamento da ação penal com base nos fundamentos contidos no acórdão do HC impetrado por Blairo Maggi encontram-se abrangidos pelos § 3º do art. 21 da LIA c/c o art. 935 do CC, na esteira do mencionado precedente do STF (RCL nº. 41557) devendo os mencionados autos avançar somente em relação aos demais réus para a prolação de sentença de resolução do mérito, sob pena de se

negar vigência aos referidos dispositivos e, inclusive, contrariarmos posição recente do STF que vem acolhendo a independência mitigada entre as instâncias sancionatórias.

3 – DOS PEDIDOS

Diante do exposto, o **Ministério Público do Estado de Mato Grosso** pugna pelo **conhecimento** do Recurso de Agravo de Instrumento e, no mérito:

a) Pelo **não provimento** do reconhecimento retroativo da nova norma sobre prescrição intercorrente, por sua natureza processual, em que se extrai que o prazo de 4 (quatro) anos da prescrição intercorrente da pretensão punitiva estatal condenatória por ato de improbidade deve ser contado, nos processos em curso, como o presente, a partir da data de publicação da Lei nº. 14.230/2021;

b) Pelo **provimento** do pleito de impedimento de tramitação da presente ação de improbidade em relação ao agravante Blairo Borges Maggi, em decorrência da decisão exarada em *Habeas Corpus* que determinou o trancamento da ação penal sobre os mesmos fatos em relação a ele, com arrimo no art. 21, § 3º, da LIA c/c art. 935 do CC e no precedente da Reclamação do STF nº. 41.557/SP.

Cuiabá – MT, 13 de abril de 2022.

JOSÉ ANTÔNIO BORGES PEREIRA
Procurador-Geral de Justiça