



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE (ESMAT)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* MESTRADO
PROFISSIONAL E INTERDISCIPLINAR EM PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E
DIREITOS HUMANOS

PEDRO JAINER PASSOS CLARINDO DA SILVA

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO NOVO REGIME PRESCRICIONAL
DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ESTABELECIDO PELA LEI 14.230/2021
NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS À LUZ
DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

PALMAS-TO

2023

PEDRO JAINER PASSOS CLARINDO DA SILVA

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO NOVO REGIME PRESCRICIONAL
DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ESTABELECIDO PELA LEI 14.230/2021
NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS À LUZ
DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de título de mestre no Programa de PósGraduação Stricto Sensu Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), na linha de Pesquisa: Efetividade das Decisões Judiciais e Direitos Humanos; Subárea: Democracia, Direitos Humanos e Práticas Discursivas Contemporâneas.

Orientador: Tarsis Barreto Oliveira.

PALMAS-TO

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

S586c Silva, Pedro Jainer Passos Clarindo da.

O controle de convencionalidade do novo regime prescricional da improbidade administrativa estabelecido pela lei 14.230/2021 no âmbito do ministério público do Estado do Tocantins à luz dos tratados internacionais de direitos humanos. / Pedro Jainer Passos Clarindo da Silva. – Palmas, TO, 2023.

107 f.

Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2023.

Orientador: Tarsis Barreto Oliveira

1. Corrupção. 2. Improbidade Administrativa. 3. Controle de Convencionalidade. 4. Prescrição. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE (ESMAT)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* MESTRADO
PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E
DIREITOS HUMANOS

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de título de mestre no Programa de PósGraduação Stricto Sensu Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), na linha de Pesquisa: Efetividade das Decisões Judiciais e Direitos Humanos; Subárea: Democracia, Direitos Humanos e Práticas Discursivas Contemporâneas.

Orientador: Tarsis Barreto Oliveira.

Data da aprovação 29 de agosto de 2023

Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira

Prof. Dr. Vinicius Pinheiro Marques

Profa. Dra. Darlene Teixeira de Castro

RESUMO

A formação do Estado brasileiro, desde suas raízes com a chegada da Coroa Portuguesa no Brasil, mostra uma estrutura vocacionada para o patrimonialismo. A confusão entre público e privado é marca a ser superada em um Estado que pretende consolidar a proclamação do país como uma República que, de fato, se constitua em um Estado Democrático de Direito, como consagra o art. 1º da Constituição brasileira. Ocorre que por vezes os detentores do poder, na sanha se perpetuação do grupo no seio do Estado, destroçam as amarras da lei que lhes poderiam conter. Foi exatamente isso que aconteceu as alterações da Lei 14.230/21 no que diz respeito às disposições acerca da prescrição das improbidades administrativas. Criando um sistema voltado para a decretação da prescrição da grande parte das ações de improbidade administrativa de médio e alto grau de complexidade e não para a análise de mérito da conduta com, se for o caso, condenação do agente ímprobo, a nova lei consolida estereótipos de que a Poder Judiciário somente pune os pequenos. Impõe-se, nesta senda, trazer ao Brasil discussões e posições já firmes em outros países no sentido de considerar a probidade administrativa direito fundamental do cidadão pagador de impostos e, com essa seriedade, dar o devido relevo a documentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), o devido status supralegal, instando o Poder Judiciário a retirar o Controle de Convencionalidade das contemplações teóricas e trazer para o cotidiano dos fóruns e tribunais. O trabalho se propõe a apresentar como contribuição profissional propostas de enunciados para o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Tocantins e também proposta de Recomendação para a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Tocantins para concitar os membros do Ministério Público Tocantinense a suscitar o controle de convencionalidade das alterações do sistema prescricional das Ações de Improbidade Administrativa para que os magistrados tocantinenses contrastem as mudanças com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção observando sempre o seu caráter supralegal ante o nítido caráter de Tratado Internacional de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; direitos humanos; improbidade administrativa; patrimonialismo; prescrição.

ABSTRACT

The formation of the Brazilian State, since its roots with the arrival of the Portuguese Crown in Brazil, shows a structure dedicated to patrimonialism. The confusion between public and private is a mark to be overcome in a State that intends to consolidate the proclamation of the country as a Republic that, in fact, constitutes a Democratic State of Law, as enshrined in art. 1 of the Brazilian Constitution. It so happens that sometimes the holders of power, in their desire to perpetuate the group within the State, destroy the shackles of the law that could contain them. This is exactly what happened with the amendments to Law 14.230/21 with regard to the provisions regarding the prescription of administrative improprieties. By creating a system aimed at enacting the statute of limitations for a large part of administrative impropriety actions of medium and high degree of complexity and not at analyzing the merits of the conduct with, as the case may be, the dishonest agent should have, the new law consolidates stereotypes that the Judiciary only punishes the little ones. It is imperative, in this path, to bring to Brazil discussions and positions already firm in other countries in the sense of considering administrative probity as a fundamental right of the tax-paying citizen and, with this series, to give due importance to international documents, such as the Convention of United Nations against Corruption (Merida Convention), the due supralegal status, urging the Judiciary to remove Conventionality Control from theoretical contemplations and bring it to the daily life of forums and courts. The work proposes to present, as a professional contribution, proposals for statements for the Superior Council of the Public Ministry of the State of Tocantins and also a proposal for a Recommendation for the Internal Affairs of the Public Ministry of the State of Tocantins to encourage members of the Tocantins Public Ministry to raise the control of the conventionality of changes to the prescriptive system of Actions for Administrative Improbability so that judges from Tocantins contrast the changes with the United Nations Convention against Corruption, always observing its supralegal character against the clear character of the International Treaty on Human Rights.

Keywords: Conventionality control; human rights; administrative improbity; patrimonialism; prescription.

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. Patrimonialismo na formação da Sociedade e do Estado Brasileiro	12
2.1 Conceito de patrimonialismo	12
2.2 Administração Colonial do Brasil até a chegada da Coroa Portuguesa.....	16
2.3 O desembarque da Corte e da nobreza: estruturação administrativa.....	19
2.4 Brasil Império.....	22
2.4.1 Primeiro Reinado (1822 a 1831)	22
2.4.2 Período Regencial (1831 a 1840)	23
2.4.3 Segundo Reinado (1840 a 1889)	24
2.5 Reflexos das estruturas patrimonialistas na República	26
2.6 O “homem cordial”, o estabelecimento e a manutenção do Estado patrimonialista	28
3. Administração pública proba como direito humano: todo direito tem um custo.....	32
3.1 Corrupção como violadora de Direitos Humanos na visão Internacional	35
3.2 Corrupção como violadora de Direitos Humanos na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos	40
4. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e seu <i>status</i> normativo no Brasil	46
5. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 e a Convenção de Mérida: a necessidade de controle de convencionalidade do novo sistema prescricional no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins.	52
5.1. A alteração do sistema prescricional	52
5.2 Ofensa a vedação de retrocesso e a proibição da proteção deficiente	58
5.3. Violação à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) e a necessidade de Controle de Convencionalidade.....	61
5.4. Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal: solução da questão de direito intertemporal e não do controle de convencionalidade	68
5.5. Atuação do Ministério Público do Estado do Tocantins para suscitar o controle de convencionalidade da Lei 14.230/2021	71
6. Conclusão	74

REFERÊNCIAS	77
-------------------	----

Apêndice 1	83
------------------	----

PROPOSTA DE INTERVENÇÃO: Minuta de Recomendação da Corregedoria do Ministério Público do Estado do Tocantins destinada aos Promotores atuantes na área da Defesa do Patrimônio Público para que, realizando Controle de Convencionalidade em face da Convenção de Mérida, não apliquem prazos de prescrição reduzidos ou prescrição intercorrente trazidos pelas alterações da Lei Nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 e, se for o caso, recorram das decisões judiciais que reconhecerem validade ao novo sistema prescricional	83
--	----

Apêndice 2	88
------------------	----

PROPOSTA DE INTERVENÇÃO: Minuta de Enunciado do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Tocantins destinada aos Promotores atuantes na área da Defesa do Patrimônio Público para que, realizando Controle de Convencionalidade em face da Convenção de Mérida, não apliquem prazos de prescrição reduzidos ou prescrição intercorrente trazidos pelas alterações da Lei Nº 14.230, de 25 de outubro de 2021	88
--	----

1. Introdução

A sociedade internacional tem cada vez mais despertado para a importância dos reflexos negativos dos atos corruptos de governantes e funcionários públicos, em especial na corrosão de fundamentos da democracia e do republicanismo.

Nesse passo organismos internacionais há anos apontam para a necessidade dos países combaterem a corrupção.

A Organização das Nações Unidas, nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), aponta no item 16, que trata do tema “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”, elenca especificamente “16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas”, “16.6 Desenvolver instituições eficazes e transparentes em todos os níveis” e “16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e acordos internacionais”, o que mostra uma preocupação focada no combate à corrupção.

A União Europeia, por sua vez, no ano de 1999, na cidade alemã de Estrasburgo, celebrou sua Convenção Penal sobre Corrupção, na qual se assentou expressamente naquele ato estarem:

Sublinhando que a corrupção constitui uma ameaça para o Estado de direito, a democracia e os direitos do homem, mina os princípios de boa administração, de equidade e de justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento econômico e faz perigar a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade.

No mesmo escopo a Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem apontado para a necessidade de seus membros, e, em especial, os países que pretendem entrar para sua membresia, como o Brasil, que o combate à corrupção é requisito essencial para desenvolvimento das nações. Nesse sentido pode-se citar a Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública, a Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira e as Diretrizes da OCDE sobre governança corporativa para empresas de controle estatal.

Não poderia ser diferente. Há um grande interesse dos organismos internacionais porque metas globais traçadas como o combate à fome, erradicação da pobreza, busca pelo pleno emprego e lealdade na concorrência de mercado invariavelmente encontram, em atos de corrupção, óbices por muitas vezes insuperáveis.

A comunidade internacional já compreende a corrupção não apenas como uma indevida subtração de patrimônio, ou quebra de deveres éticos e institucionais, mas sim como perpetuadora das grandes mazelas sociais que são impostas aos mais vulneráveis, algo que poderíamos classificar como processos cíclicos de uma violência social, na qual grupos usam o suborno e o tráfico de influência para se manterem no poder político e econômico ao mesmo tempo que a consequência de seus atos retira dos menos favorecidos direitos básicos como alimentação, saúde, moradia, educação, dentre outros.

Isso é importante porque, se em grande espectro, geralmente não se vincula diretamente corrupção à violação de direitos humanos, a observação e o estudo do fenômeno tem inclinado às organizações internacionais e supranacionais a compreenderem a ligação intrínseca entre ambos e, mais adiante, ao risco que esses processos simbióticos representam para modelos democráticos e para o próprio Estado de Direito.

Ao lado da evolução da compreensão desse fenômeno por órgãos internacionais e supranacionais, cabe refletir acerca da perspectiva judicial brasileira em garantir juridicidade interna a esses avanços, em especial aqueles consubstanciados em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate a corrupção.

E isso é um desafio em um país em que o *patrimonialismo* viceja nas instituições desde formação do Estado brasileiro. Não somente a herança lusitana pela forma de administração das capitanias hereditárias que repetia o sistema de mercês ou mesmo a abundante distribuição de cargos públicos e títulos de nobreza com a chegada da Coroa portuguesa no Rio de Janeiro em fuga do avanço de Napoleão, mas até mesmo os motivos e as circunstâncias que ensejaram o golpe militar que instituiu a República e o coronelismo com o conhecido voto de cabresto ressaltam que a estrutura de poder – e não só de Estado – foi forjada sob

experiências históricas e sociais em que a confusão entre público e privado muitas vezes é normalizada.

A nova era constitucional brasileira foi inaugurada com a Constituição de 1988, portanto historicamente recente, que abarca expressa disposição no art. 3º de objetivos fundamentais da república que se aproximam das metas internacionais acima já alinhavadas, em especial o foco na erradicação da pobreza, marginalização e redução de desigualdades.

Não somente um sentimento demonstrado por parte significativa do povo brasileiro na história recente, mas uma preocupação de âmbito global, a corrupção tem sido foco de estudos na economia, ciência política, sociologia, educação e na ciência jurídica.

Não por outro motivo a comunidade internacional tem observado o Brasil com desconfiança.

Nesse sentido é de se notar que o Brasil manifestou interesse em se tornar membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em maio de 2017 e desde então vem pleiteando uma vaga.

Isso é importante porque recentemente esse mesmo organismo, em nítida preocupação com o atual estado de políticas executivas, legislativas e judiciais que indicam o enfraquecimento do combate à corrupção resolveu criar um grupo permanente de monitoramento sobre o combate à corrupção no Brasil, um grupo que faz parte do Comitê Antissuborno da entidade.

A medida é inédita na OCDE e, para além de tornar a pretensão de brasileira de ingresso cada vez menos real, coloca o país em verdadeiro estado de constrangimento internacional.

É nesse estado de coisas que surge em 25 de outubro de 2021 a lei 14.230 que faz profundas alterações na lei 8.429/1992, a lei de improbidade administrativa. As inovações surgem sob críticas de que infirmavam todo o sistema de combate a atos de improbidade administrativa.

Um dos pontos questionados é a significativa alteração no regime prescricional. A nova lei, dentre outros, antecipa o termo inicial de contagem do prazo, cria prescrição intercorrente e reduz pela metade o prazo prescricional após proposta a ação.

As alterações foram realizadas sem observar um quadro normativo de convenções e tratados que o Brasil não somente firmou em órgãos internacionais, mas diplomas que, inclusive, já haviam completado seu ciclo de internalização no ordenamento pátrio.

Em uma situação como essa cabe ao Ministério Público exercer o controle de convencionalidade e instar o Poder Judiciário, mesmo que de forma difusa, a enfrentar a compatibilidade das normas internas com as normas internacionais.

2. Patrimonialismo na formação da Sociedade e do Estado Brasileiro

2.1 Conceito de patrimonialismo

Palavra recentemente bem difundida e às vezes até banalizada, o conceito é simples, mas de consequências nefastas ao Estado de Direito.

O conceito pode ser dito como simples porque remete à ideia de confusão entre público e privado, sempre subordinando o primeiro aos interesses do segundo, uma mistura em que os bens, serviços e interesses que são públicos acabam minados, manipulados e muitas vezes sucumbem à vontade privada.

Esse conceito remonta à Max Weber, jurista e sociólogo alemão que viveu entre o fim do século XIX e início do século XX. Ao tratar do que denominava como formas de *dominação*¹, elencava, para além da *dominação legal* e da *dominação carismática*, a *dominação tradicional* que seria aquela impingida pelo hábito, pelo costume, pela tradição e na qual a violação da ordem posta seria oposição à própria ideia de ordem natural das coisas.

Campante (2023) bem explica:

A dominação tradicional subdivide-se em patrimonial e feudal. A dominação patrimonial tem sua legitimidade baseada em uma autoridade sacralizada por existir desde tempos antigos, longínquos. Seu arquétipo é a autoridade patriarcal. Por se espelhar no poder atávico, e, ao mesmo tempo, arbitrário e compassivo do patriarca, manifesta-se de modo pessoal e instável, sujeita aos caprichos e à subjetividade do dominador. A comunidade política, expandindo-se a partir da comunidade doméstica, toma desta, por analogia, as formas e, sobretudo, o espírito de "piedade" a unir dominantes e dominados.

O patrimonialismo, portanto, *explica a fundamentação do poder político, ou seja, como este se organiza e se legitima*, e caracteriza-se pelo poder político organizado através do poder arbitrário/pessoal do príncipe e legitimado pela tradição. Tal legitimação pela tradição é ambivalente em relação à tendência dos dirigentes ao arbítrio pessoal. A tradição, ao mesmo tempo que a ampara, limita-a, ao reconhecer aos dominados certos direitos e imunidades sacralizados pelo tempo e costumes. É a coexistência dinâmica e tensa daquilo que a autora mexicana Gina Zabłudovsky Kuper considera o cerne da estrutura patrimonial de poder: o binômio tradição/arbítrio.

Se o arbítrio predomina, o patrimonialismo aproxima-se do que Weber classificou de patrimonialismo sultanista, ou patriarcal, ou puro. Se prevalece a tradição, o patrimonialismo tende a transformar-se em patrimonialismo estamental ou descentralizado, no qual as relações entre o príncipe e o corpo administrativo são

¹ O termo é empregado por Weber como forma de exercício de autoridade. É dizer como um determinado grupo de pessoas se submete a um mandado ou a uma ordem pré-estabelecida.

mais estáveis e equalizadas. Para Weber, cada forma de dominação engendra tensões e conflitos específicos na luta pelo poder. O equilíbrio tenso e instável entre tradição e arbítrio e entre governantes centralizadores e quadro administrativo descentralizador é característico dos tipos de dominação tradicional - patrimonialismo e feudalismo. Neste último, ocorre, de forma tão acentuada, uma "apropriação dos meios administrativos" por parte dos "servidores", que acaba por gerar uma situação contratual entre estes e o governante patrimonial, embora não de cunho moderno, formal-objetivo, mas baseada na "honra" subjetiva das partes. A diferenciação entre patrimonialismo e feudalismo, entretanto, nem sempre é inequívoca. Zabludovsky (1989), por exemplo, destaca a ambigüidade que Weber empresta ao termo patrimonialismo. Geralmente, diz a autora, Weber classifica-o como *subtipo* de dominação tradicional, ao lado do feudalismo. Às vezes, porém, patrimonialismo é tratado por Weber como *sinônimo* de dominação tradicional, sendo o feudalismo um "modo" de patrimonialismo, identificado com o "patrimonialismo estamental". Daí a diferenciação feita pela autora entre patrimonialismo em sentido amplo (sinônimo de dominação tradicional, que engloba o feudalismo) e patrimonialismo em sentido estrito (um modo de dominação tradicional, ao lado do feudalismo).

Talvez essa ambigüidade se deva ao fato, para Weber, de o feudalismo possuir, contraditoriamente, tanto elementos tipicamente patrimoniais - como o culto à fidelidade pessoal ao governante - quanto características tipicamente extrapatrimoniais - como a complexa e minuciosa estipulação contratual (mesmo que não-escrita, costumeira) de direitos e deveres entre governantes e quadros administrativos. No primeiro aspecto, configura-se como um tipo de patrimonialismo, embora peculiar; no segundo, extrapola a dominação patrimonial.

Assim o patrimonialismo em Weber tem conteúdo intrinsecamente ligado ao elemento subjetivo de quem se encontra na posição de mando. Por se tratar de propriedade que lhes pertencia, a sujeição pode tender ao arbítrio se a tradição não traz os freios, quais sejam, direitos costumeiramente garantidos aos subordinados.

Exemplo desse tipo de dominação está na própria gênese da palavra *patrimônio*; trata-se das relações familiares na Roma antiga em que o *Pater Familias* exercia poder de vida e de morte sobre seus bens (criação de animais ou escravos, por exemplo), esposa e filhos, pois mesmo as pessoas sob sua autoridade eram consideradas como coisa, mera propriedade.

Partindo dessa categoria de Max Weber, o brasileiro Raymundo Faoro, na obra **Os donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro, expõe a formação de estruturas de poder no Brasil desde o período colonial, em especial com a chegada da coroa portuguesa ao Brasil, até a República Velha de forma a concluir que são forjadas dentro de uma lógica patrimonialista na qual a subversão do público ao privado é mais que uma mera escorregadela eventual na história do poder estatal, mas, ao fim e ao cabo, é a responsável pela consolidação de uma

estrutura que usa essa mistura indevida entre público e privado como instrumento de governo e normaliza a corrupção como integrante do jogo político.

A realidade histórica demonstrou – insista-se (ver cap. 3, II) – a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente à repetição em fase progressiva, da experiência capitalista. Adotou do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhes a alma ansiosa de transmigrar. [...]. O domínio tradicional se configura no patrimonialismo, quando aparece o estado-maior de comando do chefe, junto à casa real, que se estende sobre o largo território, subordinando muitas unidades políticas. Sem o quadro administrativo, a chefia dispersa assume caráter patriarcal, identificável no mando do fazendeiro, do senhor de engenho e nos coronéis. Num estágio inicial o domínio patrimonial, dessa forma constituída pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com a divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. O caminho burocrático do estamento, em passos entremeados de compromissos e transações, não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças. O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como a técnica de operação da economia. Daí se a arma do capitalismo político, ou capitalismo politicamente orientado, não calculável nas suas operações, em terminologia adotada no curso deste trabalho. A compatibilidade do moderno capitalismo com esse quadro tradicional, equivocadamente identificado ao pré-capitalismo, é uma das chaves da compreensão do fenômeno histórico português-brasileiro, ao longo de muitos séculos de assédio do núcleo ativo e expansivo da economia mundial, centrado em mercados condutores, numa pressão de fora para dentro. Ao contrário, o mundo feudal, fechado por essência, não resiste ao impacto, quebrando-se internamente para se satelitizar, desfigurado, ao sistema solar do moderno capitalismo. Capaz de comerciar, exportando e importando, ele adquire feição especulativa mesmo nas suas expressões nominalmente industriais, forçando a centralização do comando econômico num quadro dirigente. Enquanto o sistema feudal separa-se do capitalismo, enrijecendo-se antes de partir-se, o patrimonialismo se amolda às transições, às mudanças, em caráter flexivelmente estabilizador do modelo externo, concentrando no corpo estatal os mecanismos de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle do crédito, de consumo, de produção privilegiada, numa gama que vai da gestão direta à regulamentação material da economia. Esse curso histórico leva à admissão de um sistema de forças políticas, que sociólogos e historiadores relutam em reconhecer, atemorizados pelo paradoxo, em nome de premissas teóricas de vária índole. Sobre a sociedade, acima das classes o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege, governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Essa camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém vindos, imprimindo-lhes os seus valores. (FAORO, 2021, p. 696-697)

Há, entretanto, uma crítica de Jessé Souza muito difundida acerca da transposição que Faoro teria feito do patrimonialismo de Weber para a historicidade brasileira.

Godoy explica a crítica de Souza:

Faoro, segundo Jessé, teria se equivocado ao buscar uma referência histórica inaplicável à nossa experiência, justamente porque substancialmente anacrônica. O patrimonialismo, no sentido de apropriação do público pelo privado, pressupõe uma noção de soberania popular e de um patrimônio público afeto ao cidadão, e não ao governante. Essa condição política somente se realiza após as revoluções liberais do século 18. Faoro buscou exemplos e referências na idade média portuguesa. Nesse tempo, sabe-se, o poder real era absoluto, não havia limites ou restrições. Por isso, não como o particular assenhorar-se do público, na medida em que não havia uma distinção clara das esferas pública e privada. O conjunto normativo das Ordenações do Reino comprova a assertiva. (JESSE apud GODOY, 2023)

Por outro lado, a crítica apresentada por Jessé Souza tem sido passível de escrutínio e, nesse sentido, o professor Ramirez aponta:

Me parece que aqui reside um grande erro de Jesse de Souza porque em nenhum momento da obra, em nenhuma das obras que ele faz, ele chega a comentar que Portugal, antes de se constituir como Estado-Nação, a península Ibérica como um todo, e isso inclui a Espanha, ela foi dominada pelos mouros e os mouros instalaram os *califados* dentro da Península Ibérica. E quando nós fazemos uma leitura atenta ao conceito de patrimonialismo de Max Weber nós vamos perceber como primeiro elemento mais destacável a ideia de que o próprio Weber associa o patrimonialismo ao estilo de liderança ou autoridade dos *califas*. Como funcionava os *califados*? Califa em árabe significa poder, então, os califados funcionavam como uma espécie de chefe de Estado soberano ou então chefe de uma região e, de fato, todos deviam favores a ele. Ele era o grande chefe. Ele mandava e desmandava. Ele era a lei. Ele julgava e absolvía. Enfim, ele tratava de impostos, absolvições e todo o tipo de postura política, defesa da religião ou mesmo de outras atitudes como jurídicas, se é que a gente possa chamar dessa forma. Então, quando a gente quiser estudar o patrimonialismo a primeira regra é ser fiel, de alguma forma, a análise weberiana e jamais esquecer que Portugal, antes de ser Portugal, e a península Ibérica como um todo, foi dominada pelos mouros até mais ou menos o ano de mil trezentos e alguma coisa. Começa, de fato, toda uma marcha de expulsão pelos católicos dos muçulmanos, os mouros, né, na península Ibérica, no entanto, apesar de vitoriosos, os Portugueses conservarão uma herança dos *califados*, que é o patrimonialismo. E é nesse ponto que reside o grande equívoco de Jessé de Souza. Ele como não aposta numa ideia de transposição ou mesmo de influências culturais e políticas de uma civilização a outra, ele simplesmente negligencia a ideia de que Portugal, antes de ser Portugal, ou seja, na época que havia a presença dos mouros na península Ibérica, ainda mais no que hoje é Portugal, ali existiam califados. Eles deixaram uma herança para a constituição do Estado Português. (CASA DO SABER, 2023).

A obra de Faoro demonstra, apesar das críticas de Jessé Souza, como o patrimonialismo viceja em terras brasileiras desde o descobrimento até os dias atuais se mimetizando democracia enquanto, na verdade, promove o parasitismo privado nos negócios que deveriam ocorrer no interesse público.

No Brasil, ante um sistema que contempla a corrupção como integrante de sua estrutura desde a gênese e que oferta ao corrupto a impunidade como adorno, a

completa perda de perspectiva e falta de noção dos agentes do poder acerca dos limites entre público e privado e até mesmo falsa surpresa aparentada quando lhes são impostos esses limites, em geral, são justificados sob o pálio de que os agentes em questão estariam apenas “fazendo política”.

Sob esse prisma e com essa carga formadora histórica torna-se compreensível que, em vários momentos da história recente, agentes políticos de todas as cores partidárias e dos mais variados espectros políticos, seja em esquemas de *mensalão* ou de *rachadinha*, questionem uma pretensa *criminalização da política* quando na realidade o que estão a defender, sempre de modo sub-reptício, é a *politização do crime*.

2.2 Administração Colonial do Brasil até a chegada da Coroa Portuguesa

O interesse da Coroa pela colônia de além-mar não era tão grande logo de início. Nas primeiras três décadas de colonização o produto básico de exploração era o pau-brasil e as novas terras ainda não gozavam de uma estrutura organizacional, administrativa ou de governo, limitando-se, na esfera jurídica ao Pacto Colonial.

Somente em 1534 o Rei D. João III determinou a repartição do território conhecido em quinze lotes que seriam divididos em catorze unidades administrativas, as capitanias hereditárias.

As capitanias eram unidades administrativas de Portugal que eram concedidas a particulares para sua administração e desenvolvimento.

O rei de Portugal concedia ao capitão dois instrumentos para viabilizar a administração das terras.

A *Carta de Doação* era o instrumento pelo qual o rei de Portugal entregava as terras ao seu respectivo donatário que poderia transmiti-las a seus filhos mas não vendê-las e na qual, dentre outros, assumia a responsabilidade de explorar as terras, criar vilas, fazê-las prosperar, constituir sesmarias e fortalecer a defesa marítima de possíveis embarcações inimigas.

O segundo instrumento era a *Carta Foral* que estabelecia os direitos e obrigações do donatário, com fixação de tributos para a Coroa Portuguesa.

Vale lembrar que uma das primeiras normas criadas ou impostas ao Brasil foi o *Pacto colonial*, ou *exclusivo comercial metropolitano*, que, em suma, consistia na impossibilidade de a colônia negociar diretamente suas mercadorias com outras nações que não a metrópole, bem assim de importar bens que não sejam os advindos de Portugal, mesmo que em regime de reimportação de produtos originários de nações amigas da metrópole.

As capitanias hereditárias já nasciam sob a égide desse pacto e a exploração deveria observá-lo.

Chama a atenção esse sistema de poder inicialmente instalado na colônia porque o donatário detinha, inclusive, poder de determinar escravização da população indígena originária, julgar, aplicar penas, em suma, era a autoridade máxima no âmbito administrativo e judicial. Isso chama a atenção porque, assim, exercia de forma privada atividades que seriam típicas de Estado sendo que o donatário respondia por seus atos apenas ao rei.

A formação das capitanias hereditárias traz em si a reprodução do *sistema de mercês* difundido desde a Guerra da Reconquista que redundou na própria estruturação de Portugal e Espanha como os primeiros Estados nacionais da Europa.

Laranja e Pimentel Franco explicam que:

Uma das formas utilizadas pela burocracia portuguesa foi a política das mercês. Segundo o dicionário de História de Portugal (1985:276), “mercês” significa graças, benefícios, donativos, favores. O sistema de mercês surgiu em meio à guerra de Reconquista contra os muçulmanos, quando o rei passou a conceder, sobretudo à aristocracia, terras e privilégios em recompensa por serviços prestados, constituindo um sistema por onde a Coroa continuamente criava e recriava uma hierarquia social muito desigual, baseada em privilégios, que permitiu “[...] a formação de uma aristocracia constituída não tanto por grandes proprietários, como na Inglaterra e França, mas principalmente por beneficiários dos favores reais” (Fragoso, 2001:47). Com a tomada de Ceuta, em 1415, essas práticas foram transmitidas ao Ultramar, não sendo orientadas apenas para a aristocracia, mas também a pessoas de origem não-nobre, que recebiam ofícios e serventias como forma de remuneração de seus préstimos ao rei (Fragoso, 2001:44).

Desse modo, em Portugal do Antigo Regime, a aristocracia era identificada com os serviços que prestasse à monarquia. Era uma elite que monopolizava os principais cargos e ofícios, no palácio, no exército e nas colônias. A remuneração consistia

em novas concessões da parte da Coroa, o que poderia significar a concessão de postos da administração real no âmbito do Império ultramarino. (ÁGORA, 2023).

A instituição das capitanias hereditárias não somente repete o sistema de mercês, uma prática que fomentou a retomada do território invadido pelos mouros e se mostrou útil para enriquecimento da coroa, mas também que os donatários da capitania exerciam de forma privada as funções típicas de Estado.

Por outro lado, além da exploração da colônia, o povoamento das terras doadas é iniciado e, assim, também começa a se basear aquilo que se tornaria a sociedade brasileira.

Freyre lembra que:

A nossa verdadeira formação social se processa de 1532 em diante, tendo a família rural ou semirrural por unidade, quer através de gente casada vinda do reino, que das famílias aqui constituídas pela união de colonos com mulheres caboclas ou com moças órfãs ou mês à toa, mandadas vis de Portugal pelos padres casamenteiros.

Vivo e absorvente órgão da formação social brasileira, a família colonial reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas. Inclusive, como já insinuamos, a do mando político: o oligarquismo ou nepotismo, que aqui madrugou, chocando-se ainda em meados do século XVI com o clericalismo dos padres da Companhia. Em oposição aos interesses da sociedade colonial, queriam os padres fundar no Brasil uma santa república de “índios domesticados para Jesus” como os do Paraguai: seráficos caboclos que só obedecessem aos ministros do Senhor e só trabalhassem nas suas hortas e roçados. Nenhuma individualidade, nem autonomia pessoal ou de família. Fora o cacique, todos vestidos de camisola de menino dormir como em um orfanato ou em um internato. O traje dos homens igualzinho ao das mulheres e das crianças. (FREYRE, 2006, p. 85)

No mesmo sentido registra Holanda:

Dos senhores de engenho brasileiros, e não somente deles como dos lavradores livres, obrigados ou mesmo arrendatários, dissera alguém, em fins do século XVIII, exprimindo sem dúvida convicção generalizada, que formavam um corpo “tão nobre por natureza, que em nenhum outro país se encontra outro igual a ele”. Eram, pela solidez de seus estabelecimentos, considerados como a mola real da riqueza e do poder na colônia, os animadores reais da produção, do comércio, da navegação e de todas as artes e ofícios.

Nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica. Tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica. O engenho constituía um organismo completo e que, tanto quanto possível, se bastava a si mesmo. Tinha capela onde se rezavam as missas. Tinha escola de primeiras letras, onde o padre-mestre desasnava meninos. A alimentação diária dos moradores, e aquela com que se recebiam os hóspedes, freqüentemente agasalhados, procedia das plantações, das criações, da caça, da pesca proporcionadas no próprio lugar.

Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na península Ibérica através de

inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações e das casas, e não somente escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do pater-famílias. Esse núcleo bem característico em tudo se comporta como seu modelo da Antiguidade, em que a própria palavra “família”, derivada de *famulus*, se acha estreitamente vinculada à idéia de escravidão, e em que mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca, os *liberi*.

Dos vários setores de nossa sociedade colonial, foi sem dúvida a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou às forças corrosivas que de todos os lados o atacavam. Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar mantém-se imune de qualquer restrição ou abalo. Em seu recatado isolamento pode desprezar qualquer princípio superior que procure perturbá-lo ou oprimi-lo.

Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania. Não são raros os casos como o de um Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sem que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso.

O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a idéia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família. (HOLANDA, 1995, p. 1995, p. 80-82)

O sistema de capitanias hereditárias durou até 1821, um ano antes da declaração de independência, entretanto, antes disso, houve um evento que começou a instituir uma estrutura administrativa mais robusta nas terras do então Brasil Colônia, qual seja, a chegada da família real que fugia dos exércitos de Napoleão Bonaparte.

2.3 O desembarque da Corte e da nobreza: estruturação administrativa

O plano de fundo no que redundou ser a fuga da família real da metrópole para a colônia foram as tensões entre França e Inglaterra, mais especificamente no bloqueio continental estabelecido por Napoleão Bonaparte a fim de proibir que a Inglaterra negociasse com a Europa continental.

Portugal, nesse estado de coisas, situado na península Ibérica, portanto na Europa continental, tinha relações comerciais fortes com Inglaterra não se sujeitou ao bloqueio francês e permaneceu negociando com a ilha.

Em face da quebra do bloqueio continental as tropas de Napoleão invadiram território português pela primeira vez entre fim de novembro e dezembro de 1807. Foi nesse contexto que, com tropas já marchando em território português com rumo a Lisboa que a família real e parte da nobreza embarcaram 29 de novembro de 1807 em direção ao Brasil.

A viagem contou, ainda, com a proteção de navios ingleses para garantir a segurança da família real até solo brasileiro, o que, de fato, só aconteceria em 22 de janeiro de 1808, quase dois meses após a partida.

A caravana, por desvio de curso ocasionado por uma tempestade, inicialmente atracou em Salvador para só depois seguir para o Rio de Janeiro.

Na chegada ao Brasil Dom João VI exercia o governo como príncipe regente já que sua mãe, Dona Maria I, Rainha de Portugal, por apresentar instabilidade mental que lhe rendera a alcunha de “Maria, a louca”, já havia lhe passado os assuntos de Estado desde fevereiro de 1792. Dom João VI só viria se tornar, de fato, rei do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves em março de 1816, com a morte de sua mãe Maria I, tendo sido formalizado com aclamação ao trono cerca de 2 anos depois, em fevereiro de 1818.

Logo com a chegada da família real, em 28 de janeiro de 1808 o príncipe regente promove a abertura dos portos brasileiros às nações amigas, quebrando assim o pacto colonial que perdera sua razão de existir naquela quadra histórica, afinal, a Coroa se encontrava agora em terras ultramarinas e não mais na península Ibérica.

Vale lembrar que nessa perspectiva de embargos franceses contra Inglaterra e declaração de guerra contra Portugal o conceito de nações amigas era bem restrito e acabou quase por restringir os negócios externos com os britânicos de modo que os comerciantes situados no Brasil, apesar das sobretaxas, ainda angariavam lucros maiores com o novo mercado já que havia retirada da equação econômica da necessidade de atravessador em solo lusitano.

Não só pessoas vieram nas caravanas, mas foi trazida também uma nova estrutura administrativa para a colônia, que agora era a sede do governo e necessitava de uma primeira organização burocrática, inclusive, com a criação de órgãos como o Banco do Brasil, Correios, Jardim Botânico e a Real Fábrica de Pólvora, bem assim as primeiras instituições de ensino superior como a Academia Médico-Cirúrgica da Bahia, Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro e Academia Militar dentre outras instituições.

Ao mesmo tempo que a corte implantava estruturas na nova sede e tentava manter o luxo e pompa que tinham em Lisboa, precisavam angariar fundos para viabilizar tais tarefas.

Nesse contexto que uma das formas de aumentar a entrada de ordenados no tesouro da coroa foi a concessão de títulos nobiliárquicos.

Os títulos, comprados muitas vezes por famílias que já estavam situadas na colônia e que realizavam a exploração das terras e o comércio com a metrópole, os aproximavam da recém-chegada realeza e dos nobres portugueses que compunham a caravana da fuga.

Não somente títulos, mas cargos públicos eram dados aos mais próximos da família real e criava-se uma cizânia entre a nobreza vinda de Portugal e a nova nobreza estabelecida pela compra de títulos nobiliárquicos, em que alguma parte da primeira rejeitava a segunda:

Holanda registra:

Diogo do Couto desejaria os seus portugueses menos permeáveis às inovações, mais fiéis ao ideal de imobilidade que fizera, no seu entender, a grandeza duradoura de outros povos, como o veneziano ou o chinês. A nova nobreza parece-lhe, e com razão, uma simples caricatura da nobreza autêntica, que é, em essência, conservadora. O que prezam acima de tudo os fidalgos quinhentistas são as aparências ou exterioridades por onde se possam distinguir da gente humilde.

Pondo todo o garbo nos enfeites que sobre si trazem, o primeiro cuidado deles é tratar de garantir bem aquilo de que fazem tamanho cabedal. E como só querem andar em palanquins, já não usam cavalos e assim desaprendem a arte da equitação, tão necessária aos misteres da guerra. Os próprios jogos e torneios, que pertencem à melhor tradição da aristocracia e que os antigos tinham criado para que “o uso das armas nam se perdesse”, segundo já dissera el-rei d. João começavam a fazer-se mais cheios de aparato do que de perigos.

E se muitos ainda não ousavam trocar a milícia pela mercancia, que é profissão baixa, trocavam-na pela toga e também pelos postos da administração civil e empregos literários, de modo que conseguiam resguardar a própria dignidade, resguardando, ao mesmo tempo, a própria comodidade. O resultado era que, até

em terras, cercadas de inimigos, como a Índia, onde cumpre andar sempre de espada em punho, se metiam “varas em lugar de lanças, leis em lugar de arneses, escrivães em lugar de soldados”, e tornavam-se correntes, mesmo entre iletrados, expressões antes desusadas, como libelo, contrariedade, réplica, tréplica, dilações, suspeições e outras do mesmo gosto e qualidade. (HOLANDA, 1995, p. 113-114)

Ao mesmo tempo que a nova nobreza trazia recursos para a Coroa, a nobreza vinda de Portugal requeria colocação em cargos e funções que entendessem compatíveis com sua estirpe.

Mais uma vez a confusão entre público e privado na administração colonial fica evidente, agora nas alocações de pessoas em cargos públicos orientadas pela proximidade com a Coroa.

Durante o período em que a Corte se encontrava em terras brasileiras, na península Ibérica, além da invasão de 1807, repelida posteriormente pela Inglaterra com ajuda de portugueses leais à coroa portuguesa, sofreu outras duas incursões de Napoleão Bonaparte nos anos de 1809 e 1810.

A economia da metrópole ficou deveras abalada com a abertura dos portos brasileiros e as pressões pelo retorno da família real se intensificavam em terras Europeias.

A situação se agrava com a derrota de Napoleão em 18 de junho de 1815 em Waterloo e seu consequente segundo exílio, pois, sem a ameaça de invasão francesa a manutenção do centro do poder no Rio de Janeiro e não em Lisboa se tornava insustentável.

A conjuntura posta levou à eclosão da Revolução Liberal do Porto, em Portugal, no ano de 1820 que exigia o retorno da coroa para Portugal, seguindo os ideais constitucionalistas, instaurar uma monarquia constitucional no lugar da monarquia absolutista até então vigente.

2.4 Brasil Império

2.4.1 Primeiro Reinado (1822 a 1831)

A Revolta do Porto desaguou no retorno da família real para Portugal em 1822, tendo D. João VI deixado seu filho, D. Pedro I, como príncipe regente em terras coloniais.

A relativa descentralização promovida com a permanência de Pedro no Brasil não conteve a insatisfação da burguesia portuguesa e a crise com a colônia restou pela decisão de Dom Pedro I em declarar a independência do Brasil em relação a Portugal em 7 de setembro de 1822.

O Brasil, a exemplo do movimento constitucionalista Português de 1822, ao mesmo tempo que se confirma como Império sob o cetro de Dom Pedro I, promulga sua primeira constituição em 1824.

Após a morte de Dom João VI e crise sucessória em Portugal, quando Dom Pedro I foi traído pelo próprio irmão, D. Miguel que tentou usurpar o trono de Portugal, Dom Pedro I segue a mesma sorte de seu pai teve que abandonar o Brasil para lutar pelo direito sucessório ao trono português para sua filha Dona Maria II.

2.4.2 Período Regencial (1831 a 1840)

Quando Dom Pedro I abdicou do trono no Brasil foi para Portugal deixou Dom Pedro II com apenas cinco anos como seu sucessor no Brasil de modo que houve a necessidade de instauração de um período regencial.

A regência era exercida por conselhos que cuidavam de manter a estabilidade nacional até que Dom Pedro II pudesse atingir a maioridade.

Um fato importante nesse período foi, em agosto de 1831, a criação da Guarda Nacional como uma espécie de força armada paramilitar, paralela ao Exército, que até então tinha quadros reduzidos, sendo os integrantes dessa nova força brasileiros, entre 21 e 60 anos que tivessem fossem considerados “cidadãos ativos” (eleitores e elegíveis), requisito último esse que excluía a participação das camadas mais populares, afinal, o objetivo de sua criação era justamente reprimir, de forma mais capilarizada, as sublevações popularescas.

A estrutura da Guarda Nacional tinha em seu grau hierárquico mais elevado a figura do *coronel*, que estava apenas subordinado ao juiz de paz, ao juiz de direito, ao presidente de província e, por fim, ao próprio Ministro da Justiça.

Os coronéis da guarda nacional eram os grandes latifundiários, pessoas que acumulavam poderes econômicos e políticos no interior onde geralmente o Poder Público não alcançava.

Essa estrutura, mais adiante vai redundar no fenômeno do *coronelismo*.

O período regencial foi encerrado com o chamado *Golpe da Maioridade* que antecipou a emancipação de D. Pedro II para que este pudesse assumir o poder.

2.4.3 Segundo Reinado (1840 a 1889)

O período de reinado de D. Pedro II é marcado por pressões internas e externas.

Enquanto lidava internamente revoluções localizadas como a Revolução Farroupilha no Sul e a Revolução Praieira em Pernambuco, D. Pedro II enfrentou também pressões internacionais, em especial no que diz respeito ao ainda lucrativo tráfico de escravos negros retirados da África.

Em 8 de Agosto de 1845 a Inglaterra, parceira comercial do Brasil desde a abertura dos portos na chegada da família real em 1808, aprova a *Slave Trade Supression Act*, que ficou conhecida como *Bill Alberdeen* ou *Alberdeen act*, uma lei britânica que, para coibir a comercialização de escravos, autorizou os navios ingleses a apreenderem quaisquer navios suspeitos de transportar escravos no Oceano Atlântico.

Na verdade já havia um acordo de 1810 entre Brasil e Inglaterra em que se assumia a obrigação de acabar com a escravidão no país a médio prazo e, inclusive, a tomada de medidas nesse sentido foi uma das condições para que a Inglaterra reconhecesse a independência do Brasil, mas que não tinha recebido grandes cobranças até a chegada de Dom Pedro II ao trono.

Agora com a *Bill Alberdeen* o Brasil se via pressionado a tomar medidas reais contra a comercialização de escravos.

Aliás, o próprio Dom Pedro II era defensor do fim da escravidão, mas as elites econômicas nacionais dependiam da continuidade desse tipo de regime.

É que o fim do trabalho escravo desestabilizaria a economia do Brasil, pois ainda se realizava comércio com os chamados *navios negreiros* e a mão de obra em questão era pilar fundamental na economia nacional.

Holanda alerta:

Na Monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio. (HOLANDA, 1995, p. 73)

Dom Pedro II aceitava uma abolição gradual da escravidão, entretanto, as oligarquias nacionais assim não desejavam, mas com a pressão da *Bill Alberdeen* ou se tomavam medidas nesse sentido ou o Brasil, mais cedo ou mais tarde, travaria batalhas com Inglaterra.

Foi nesse contexto que o Ministério da Justiça Eusébio de Queirós conseguiu a aprovação da Lei 581/1850, que proibia a entrada de escravos africanos no Brasil e criminalizava quem assim o fizesse. A lei ficou, assim, conhecida como Lei Eusébio de Queirós.

Antes da aprovação da Lei Eusébio de Queirós chegou a vigor a Lei Feijó, que supostamente também combateria a compra e venda de escravos. Entretanto, essa lei ficou conhecida como lei *para inglês ver*, pois apesar de aprovada como forma de mostrar para Inglaterra esforços contra a manutenção de um sistema escravocrata, nunca fora implementada devidamente com a fiscalização adequada, de modo que Lei Feijó, na verdade, enriqueceu ainda mais os traficantes de escravos, como escreve Holanda:

Não é por simples coincidência cronológica que um período de excepcional vitalidade nos negócios e que se desenvolve sob a direção e em proveito de especuladores geralmente sem raízes rurais tenha ocorrido nos anos que se seguem imediatamente ao primeiro passo dado para a abolição da escravidão, ou seja, a supressão do tráfico negreiro.

Por outro lado, a circunstância de serem principalmente portuguesas, não brasileiras, as grandes fortunas formadas à sombra do comércio negreiro tendiam a mobilizar contra a introdução de escravos e, por conseguinte, em favor de um governo disposto a enfrentá-la sem hesitações toda a descendência ainda numerosa dos caramurus da Regência. E sabe-se que o nativismo lusófono chegou a representar, direta e indiretamente, uma ponderável influência no movimento para a supressão do tráfico.

Os interessados no negócio tinham logrado organizar uma extensa rede de precauções que salvaguardassem o exercício franco de suas atividades. Desenvolvendo um sistema apurado de sinais e avisos costeiros para indicar qualquer perigo à aproximação dos navios negreiros, subvencionando jornais, subornando funcionários, estimulando, por todos os modos, a perseguição política ou policial aos adversários, julgaram assegurada para sempre a própria impunidade, assim como a invulnerabilidade das suas transações. “Conforme a classe do navio”, acrescenta Calógeras, “por 800\$000 [lê-se “oitocentos mil réis”] a 1:000\$000 [lê-se “um milhão de réis” ou “um conto de réis”], se arranjavam papéis brasileiros e portugueses exigidos pelos regulamentos, a fim de se realizarem as

viagens. Voltando da costa da África, e após o desembarque da carga humana, entrava o barco com sinal de moléstia a bordo. Por 500\$000 [lê-se “quinhentos mil réis”], o oficial de saúde passava o atestado comprobatório, e o navio ia fazer quarentena no distrito de Santa Rita, cujo juiz de paz era sócio dos infratores. Removiam-se, então, todos os sinais denunciadores do transporte de negros, e por 600\$000 [lê-se “seiscentos mil réis”] se adquiria nova carta de saúde, limpa desta vez. Assim purificado de culpa, o navio ia ancorar no fundeadouro costumeiro. Acontecia, por vezes, que o negreiro parasse na proximidade da ilha Rasa, e que o faroleiro o fosse visitar: por 200\$000 [lê-se “duzentos mil réis”] se comprava seu silêncio.” Não é para admirar se, com esse aparelhamento, puderam os interessados no tráfico promover, mesmo, e principalmente, depois de 1845 — o ano do Bill Aberdeen —, um comércio cada vez mais lucrativo e que os transformaria em verdadeiros magnatas das finanças do Império. Pode-se bem estimar a importância do golpe representado pela Lei Eusébio de Queirós, considerando que, naquele ano de 1845, o total de negros importados fora de 19.363; em 1846, de 50.354; em 1847, de 56.172; em 1848, de 60 mil; em 1849, de 54 mil e em 1850, de 23 mil. A queda súbita que se assinala neste último ano resulta, aliás, não só da aprovação da Lei Eusébio de Queirós, que é de 4 de setembro, como da intensificação das atividades britânicas de repressão ao tráfico. (HOLANDA, 1995, p. 74-75)

Logo, antes do advento da Lei Eusébio de Queiros, ainda o pálio da Lei Feijó, novamente um esquema de corrupção que não era um mero desvio de conduta de agentes como o oficial de saúde, o juiz de paz ou o faroleiro, mas, na verdade, era integrante e propulsor da própria estrutura econômica da época, pois a manutenção de um sistema escravista era vista como necessária, supostamente, para o progresso econômico do país, mas que, na verdade, em nada servia para os interesses da nação, senão para manutenção de interesses econômicos e políticos dos grupos oligárquicos no poder.

2.5 Reflexos das estruturas patrimonialistas na República

A queda da monarquia e proclamação da república teve menos espírito público do que se imagina e mais de interesses privados do que se gostaria de admitir.

Os militares entravam em cena fortalecidos com a vitória na guerra do Paraguai, retornando para o país sob uma aura de triunfo. Do ponto de vista social havia um atraso ainda pela permanência na utilização de mão de obra escrava em meio a efervescências abolicionistas.

Por outro lado, elites regionais que outrora apoiavam a monarquia, agora contrariadas com o fim do tráfico de escravos estavam insatisfeitas com D. Pedro II

e viam naquela quadra uma nova possibilidade, ou subterfúgio, para se fortalecerem ainda mais: a república.

Saes, em entrevista para a Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, pontua:

A derrubada do regime imperial no Brasil foi o resultado de uma grande crise política e social que marcou a vida do país na década de 1880. Temos, primeiramente, o colapso do sistema escravista, com a ascensão do movimento abolicionista de classe média e a intensificação da revolta escrava; esta última se manifestou por meio de fugas em massa de escravos das fazendas, com o apoio dos militantes abolicionistas mais ativos (os chamados caifazes). O fim da escravidão tirou da Monarquia a sua base social de apoio: o centralismo imperial era apoiado pelas elites agromercantis brasileiras apenas por ele ser uma garantia para a preservação e o funcionamento do mercado nacional de escravos, numa época em que o fornecimento externo de mão-de-obra escrava já havia sido interrompido por pressão inglesa. Ao abolir a escravidão a contragosto em maio de 1888, o Império selava a sua sorte, perdendo o apoio de elites regionais pouco integradas entre elas e pouco interessadas na manutenção do centralismo político e administrativo. (FUINI, 2023).

Veja-se que essas mesmas elites que outrora apoiaram a monarquia agora vão apoiar o golpe militar que ensejará a proclamação da república e posteriormente vão aderir à *política dos governadores*, ou *política do café com leite* e assim sucessivamente na história republicana.

Instrumento importante para essa consolidação foi também o coronelismo.

Os coronéis da Guarda Nacional criada em 1831, figuras detentoras de terras e dinheiro nos locais mais afastados dos centros de poder, capilarizados em uma sociedade até então eminentemente agrária, eram em suas regiões os detentores do poder econômico com o lucro de suas terras, social com a penetração que tinham na comunidade que lhes servia em face dos empregos que criavam e político, pois faziam do ato do voto daqueles que lhes estivesse sob a batuta uma mera de troca de favores, garantida, por meio do voto que até então não era secreto, fato que só veio a mudar com o Código Eleitoral de 1932.

Aliás, a instituição do voto secreto foi um golpe na influência política coronelista, mas não por isso lhes retirou as outras influências que tinham em suas localidades. Essas mesmas pessoas continuaram latifundiárias e, como donas de terras, donas de empregos, muitas vezes com estreitos laços com as igrejas locais e sempre atuando com manutenção de um elo afetivo com a comunidade, seja pela

admiração, sentimento de dívida, ou seja, mesmo pelo temor das represálias ainda eram forças políticas a serem consideradas em contextos rurais.

O direcionamento das políticas nacionais (e.g. escravocracia ou abolicionismo) mediante o interesse pessoal ou familiar não é nada tão velho que tenha sido extinto e nem tão novo que cause estranheza já no Século XXI. O caso é de haver uma continuidade histórica das mesmas figuras, grupos ou famílias que exercem posição de mando, seja na monarquia, seja na república.

2.6 O “*homem cordial*”, o estabelecimento e a manutenção do Estado patrimonialista

O historiador e sociólogo brasileiro Sérgio Buarque de Holanda apresenta o perfil do brasileiro como o de *homem cordial*. Ocorre, entretanto, que o conceito dessa cordialidade não está atrelado a lhanza de trato, respeitabilidade ou polidez. Ao menos não somente nos aspectos superficiais destas características.

A raiz etimológica de cordial é a palavra latina *cordialis* que traz a ideia de *relativo ao coração*. Partindo dessa premissa, o homem cordial não necessariamente é aquele de conduta afável, mas aquele que guia sua personalidade, conduta e decisões levado pelo coração, pela emoção e não necessariamente por aspectos racionais e refletidos.

Nesse sentido, o homem cordial é ambíguo, conflituoso e por vezes volátil, pois ao mesmo tempo que pode ser, de fato, amável e de bom trato, pode também ser violento e furioso.

Assinala Holanda:

A lhanza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal. Seria engano supor que essas virtudes possam significar “boas maneiras”, civilidade. São antes de tudo expressões legítimas de um fundo emotivo extremamente rico e transbordante. [...]. Nossa forma ordinária de convívio social é, no fundo, justamente o contrário da polidez. Ela pode iludir na aparência — e isso se explica pelo fato de a atitude polida consistir precisamente em uma espécie de mímica deliberada de manifestações que são espontâneas no “homem cordial”: é a forma natural e viva que se converteu em fórmula. Além disso a polidez é, de algum modo, organização de defesa ante a sociedade. Detém-se na parte exterior, epidérmica do indivíduo, podendo mesmo servir,

quando necessário, de peça de resistência. Equivale a um disfarce que permitirá a cada qual preservar intatas sua sensibilidade e suas emoções. Por meio de semelhante padronização das formas exteriores da cordialidade, que não precisam ser legítimas para se manifestarem, revela-se um decisivo triunfo do espírito sobre a vida. Armado dessa máscara, o indivíduo consegue manter sua supremacia ante o social. E, efetivamente, a polidez implica uma presença contínua e soberana do indivíduo. (HOLANDA, 1995, p. 147-148)

A análise percorre aspectos comportamentais, religiosos e até linguísticos que sustentam a afirmação.

Observou o autor a dificuldade que o brasileiro tem com reverências e formalidades. Não que não as realize, entretanto, essas ganham lugar somente quando não há possibilidade de convívio mais familiar.

Na área da religião aponta-se uma religiosidade superficial, muito mais manifestada na admiração da pompa e do colorido das cerimônias do que do íntimo, reflexivo e imaterial significado dos rituais, além do que esse homem cordial mostra proximidade que se tenta ter ou demonstrar com os santos, segundo ao autor *quase desrespeitosa*.

O uso quase exaustivo do sufixo “inho”, na linguagem, indicariam uma necessidade de tornar o trato informal criando uma familiaridade maior com pessoas e objetos.

Holanda relata que até mesmo relações que nada deveriam ter de emocionais, como as relações comerciais, se caracterizam para o homem cordial como intrincadas de subjetivismo:

O desconhecimento de qualquer forma de convívio que não seja ditada por uma ética de fundo emotivo representa um aspecto da vida brasileira que raros estrangeiros chegam a penetrar com facilidade. E é tão característica, entre nós, essa maneira de ser, que não desaparece sequer nos tipos de atividade que devem alimentar-se normalmente da concorrência. Um negociante de Filadélfia manifestou certa vez a André Siegfried seu espanto ao verificar que, no Brasil como na Argentina, para conquistar um freguês tinha necessidade de fazer dele um amigo. (HOLANDA, 1995, p. 148-149)

Essas bases cordiais das relações sociais no Brasil espraiam-se na formação das estruturas de Estado e de Poder para a dificuldade de separar o privado do público.

Holanda constatou como a dificuldade de dissociar as esferas públicas e privadas marcou a formação da estrutura burocrática brasileira:

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois tipos. (HOLANDA, 1995, p. 145-146)

Estruturas de Poder formais e informais foram forjadas e orientadas para esse trato personalíssimo, refletindo-se na formação de um Estado à imagem e semelhança dessas relações sociais de muita proximidade e pessoalidade.

Por exemplo, o coronelismo se aproveitou dessa formatação, pois mesmo com o fim da Guarda Nacional em setembro de 1922 e a centralização de poder promovida por Getúlio Vargas na década de 1930, que enfraqueceu lideranças locais, as figuras dos coronéis ainda permaneceram (e talvez até hoje permaneçam) muito fortes em locais mais afastados que mantinham características predominantemente rurais. Isso porque o clientelismo ainda alimentava quase cultos à tais personalidades, o que lhes dava ainda muito poder político mesmo em uma realidade de voto secreto, universal e com reduzidas chances de fraudes às urnas eleitorais, elementos muito diferentes daqueles que marcaram o auge do fenômeno.

A predominância dos elementos emotivos na escolha dos representantes eleitos não só constituiu um arquétipo de Estado brasileiro com vicissitudes sufocantes para uma república na acepção da palavra (*res publica* – coisa pública) como, perpetuada no tempo essa característica, reafirma-se a escolha do cidadão votante por um modelo que reproduz velhas práticas como *clientelismo* e *nepotismo* como se, para além de legalmente aceitas, fossem as condutas, de fato, esperadas pelo eleitor daqueles que exercem posição de mando.

Não é por menos que Faoro encaminha sua conclusão para assentar que:

A longa caminhada dos séculos na história de Portugal e do Brasil mostra que a independência sobranceira do Estado sobre a nação não é a exceção de certos

períodos, nem o estágio, o degrau para alcançar outro degrau, previamente visualizado. O bonapartismo meteórico, o pré-capitalismo que supõe certo tipo de capitalismo, não negam que, no cerne, a chama consome as árvores que se aproximam de seu ardor, carvão para uma fogueira própria, peculiar, resistente. O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não um delegado, mas o gestor de negócios, e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou. (FAORO, 2021, p. 707).

É certo que quando um espectro político está no poder o espectro derrotado, batendo no peito de forma impoluta e esbravejante há de denunciar aquilo que considera desmandos personalistas e patrimonialistas. Isso só até ter a oportunidade de uma remontada nas próximas eleições, pois, em logrando maior sorte no pleito, certamente incorrerá nas mesmas esparrelas contra as quais antes vociferava e, por outro lado, o ex-governo se encarregará de ser ele agora o novo denunciante impoluto.

E isso tudo porque as estruturas patrimonialistas de Estado não se fazem acepção se as relações pessoais – afetuosas ou não – se dão entre A e B ou entre C e D. Elas existem e estão aí para serem usadas por quem quer que estiver no poder. Sem acepção de cores partidárias ou de espectro político.

3. Administração pública proba como direito humano: todo direito tem um custo

A falta de compreensão dos efeitos deletérios do suborno, da propina, e da corrupção gera desinteresse ou apatia da sociedade brasileira no controle dos atos administrativos, por outro, abre-se um grande leque de oportunidades para aqueles que pretendem se assenhorar da coisa pública e vergastar a moralidade administrativa.

Não por menos, vez por outra se ouve no empresariado, setores de governo e mesmo na academia ressoar a defesa da *teoria da graxa* ou da *teoria da graxa sobre rodas*:

A ideia mais preeminente sobre a relação entre a corrupção e o crescimento das empresas é que a relação é negativa, devido à instabilidade política e as relações curtas ou pontuais entre empresas e agentes. No entanto, algumas pesquisas defendem um efeito marginal positivo estatisticamente significativo de um aumento na corrupção sobre a eficiência em países governados temerariamente (Méon & Weill, 2010). O argumento da “graxa sobre rodas” postula que uma burocracia ineficiente constitui um grande impedimento à atividade econômica e que alguma “velocidade” ou “graxa” pode ajudar a contornar esse impedimento (Aidt, 2003). Estudos testaram os benefícios e malefícios da corrupção em diversos cenários.

Vial e Hanoteau (2010), ao avaliarem o impacto da corrupção no nível da indústria e no crescimento da produtividade, descobriram que a corrupção, como subornos e pagamentos de impostos indiretos, tem um efeito positivo no crescimento individual das indústrias. Esse efeito persiste durante todo o período, o que sugere melhorias na eficácia do sistema de suborno e um fortalecimento do contrato de longo prazo entre as empresas e o governo. Kato e Sato (2015) investigaram se a corrupção “lubrifica as engrenagens” das burocracias e melhora o desempenho econômico. Os resultados das estimativas apontam para efeitos marginais significativamente positivos da corrupção, tanto no valor adicionado bruto por trabalhador como no índice de capital por mão-de-obra nos setores regulamentados.

Dreher e Gassebner (2013) investigaram se a corrupção pode “lubrificar as engrenagens” econômicas. Os resultados indicaram que a existência de um maior número de procedimentos necessários para iniciar um negócio, bem como maiores exigências de capital mínimo, são prejudiciais ao empreendedorismo; de forma que a corrupção reduz o impacto negativo das regulamentações sobre o empreendedorismo em economias altamente reguladas. Complementarmente, Goedhuys et al. (2016) exploraram o efeito dos obstáculos institucionais e da corrupção no comportamento inovador das empresas e seu efeito sobre o crescimento do emprego das empresas no Egito e da Tunísia. Os resultados conduzem para a compreensão que a corrupção tem um efeito negativo direto sobre a probabilidade de uma empresa ser inovadora, mas um efeito positivo quando interage com obstáculos institucionais. Isso fornece suporte para a hipótese de que a corrupção serve como um mecanismo para contornar os obstáculos burocráticos relacionados à obtenção das autorizações e licenças

comerciais necessárias para a inovação de produtos. (LIMA, L. V. de A.; RUFINO, M. A.; LEITE FILHO, P. A. M.; MACHADO, M. R, 2021. PAG.- 247-265)

A simples constatação dos efeitos da corrupção (benéficos apenas para o corrupto e corruptor) não é, em si, um problema. Por outro lado, a defesa da corrupção como elemento positivo integrante – e por vezes necessário – de qualquer que seja o sistema de governo, exige que uma reflexão maior seja realizada.

Isso porque o custo da corrupção não se consome em si.

O suborno pago ao fiscal da vigilância sanitária para não autuação de um restaurante gera posteriormente alto custo para saúde pública com tratamento de pessoas com intoxicação alimentar. Isso quando o custo não chega às vidas humanas.

A propina paga ao fiscal de rendas para diminuir circunstancialmente o valor devido do tributo implica em vantagem para o empresário que a paga, mas gera vantagem indevida em face de outras empresas do mesmo ramo que não corrompem nem são corrompidas e, a médio prazo, pode gerar a quebra de concorrentes honestos e dominação de mercado pela empresa corruptora que vai redundar, para os funcionários das concorrentes, em desemprego e, aos consumidores, um preço maior em face da ausência de concorrência.

A obra de saneamento básico com sobrepreço e/ou superfaturamento importa em privatização de dinheiro público repartido entre empresários e agentes públicos, no lugar de ser usado em saúde, educação ou mesmo expansão da rede de saneamento. Isso na melhor das hipóteses, pois a regra das obras públicas com desvios de dinheiro sequer chegam a ser concluídas, pois a técnica do *jogo de planilhas* o empreiteiro adianta o lucro para o início da obra e sua eventual conclusão se torna um verdadeiro prejuízo, o que o faz abandoná-la e, com a conivência do administrador público que participa do “lucro”, não é responsabilizado pelos prejuízos que dá causa.

A discussão trazida pela *teoria da graxa sobre rodas* pode até servir para a reflexão sobre os fluxos e processos administrativos a fim de otimizá-los, reduzir burocracias e excluir processos e requisitos desnecessários e obsoletos desenferrujando as rodas e engrenagens da máquina estatal para todos, entretanto,

não pode ser levada com seriedade como argumento de defesa da corrupção como necessidade estrutural em um Estado Democrático.

Nesse ponto é de observar que, em geral, as discussões sobre subornos e má gestão da coisa pública no Brasil não levam em conta que a moralidade administrativa é questão de direitos humanos.

A União empenhou em 2022 o valor de pouco mais de 260 milhões de reais (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2022) para investimentos e saneamento básico no país inteiro. O custo médio mensal da pessoa presa no Brasil, segundo o Conselho Nacional de Justiça (2021), é de R\$ 2.036,00. Reajustes entre 25% a 200% nas bolsas de pesquisa da CAPES para alunos de pós-graduação custarão em 2023 a cifra de 2,38 bilhões de reais (MINISTÉRIO DA CIÊNCIA TECNOLOGIA E INOVAÇÕES, 2023).

Por outro lado, estima-se que o esquema do *Mensalão* importou em prejuízos na ordem de 101 milhões de reais (BRÍGIDO, 2022), valores estimados de 2005 que, se atualizados para fevereiro de 2023 pelo IPCA-E quase alcançam cerca de 260 milhões de reais. Segundo o TCU (SECOM, 2017), apenas o superfaturamento nas tubovias da Refinaria Abreu e Lima ultrapassa 960 milhões de reais em desvios. A Polícia Federal, em 2015, chegou a estimar os prejuízos da Petrobrás na ordem de 42 bilhões de reais (MACEDO, 2015) com o esquema que ficou conhecido como *Petrolão*, isso sem contar as quedas e perdas da empresa no mercado de ações no Brasil e exterior. Mais recentemente, o COAF apurou, entre janeiro de 2016 e janeiro 2017, movimentações suspeitas de servidores da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro em um total que ultrapassou, na época, os 207 milhões de reais, operações que estariam ligadas às nefastas práticas conhecidas como *Rachadinhas*.

De este modo, la corrupción implica el direccionamiento de los “finitos” recursos públicos hacia intereses particulares, en perjuicio de las necesidades colectivas. Los derechos sociales como educación, salud, saneamiento básico y vivienda se colocan en segundo plano, preponderando el interés particular de los funcionarios corruptos. Aquel que solicita, para sí, un porcentaje sobre el precio cobrado por la empresa privada en la ejecución de una obra o servicio público no está realmente obteniendo de la empresa los valores involucrados. El costo real será transferido al precio pactado, el cual, pagado por el Estado, implicará el desembolso de recursos públicos que podrían haber sido destinados a la atención de las “in finitas” necesidades sociales.

En este orden de ideas se constata claramente la relación entre corrupción y derechos humanos. La idea inherente a los derechos humanos de protegerlos, promoverlos y hacerlos efectivos, cuando se examina bajo la perspectiva del Estado, se ve gravemente afectada por el acto de corrupción. Esto porque, “[...] to the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money”. Y si los derechos cuestan dinero, la utilización de los “finitos” recursos públicos para fines particulares, distintos de la protección, promoción y efectividad de los derechos, implica su violación.

La relación entre corrupción y derechos humanos se presenta, pues, tan evidente, que su opacidad en el derecho brasileño solo se comprende por el temor de la relación de tales institutos y todas sus consecuencias. (PIOVESAN, F. et al. La corrupción y los derechos humanos en Brasil. In: TABLANTE, C.; MARIELA, M. (Eds.), 2018.)

As cifras da corrupção no Brasil impressionam, mas o impacto é maior quando contrapostas com os valores destinados a atender direitos fundamentais das pessoas, como saúde, educação, e dignidade da pessoa presa dentre tantos outros que poderiam ser listados. São numerários que, por serem públicos, deveriam ter destinação condizente com sua origem. Finalidade pública para verba pública é o que se espera de uma República na própria acepção da palavra.

3.1 Corrupção como violadora de Direitos Humanos na visão Internacional

Apesar de a reflexão causar certa perplexidade àqueles que, no Brasil, restringem direitos humanos a assuntos como problemas carcerários, saúde pública, diversidade religiosa e sexual, dentre outros, considerar a moralidade administrativa e o direito a boa administração pública como direito humano, no âmbito internacional não é novidade.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz analisa ao analisar a Constituição Espanhola em sua obra *Direito fundamental à boa administração pública*² professa:

Está claro que não se trata só de aumentar o catálogo, ou de “enriquecer” a oferta de direitos humanos, como o consumismo às vezes parece exigir pretendendo chegar mais além do que a condição humana permite. Hoje a boa administração, ou o bom governo, descansa sobre aspectos qualitativos, não sobre listas ou números de direitos. Trata-se de partir desses postulados, de assumir um compromisso na defesa e promoção dos direitos das pessoas.

² Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Efetivamente, aprofundar e ampliar os direitos humanos significa que esse caminho de libertação democrática culmina na liberdade de consciência de cada pessoa, base e fundamento do valor do homem, e a partir do que a liberdade conseguirá sua plena significação e a vida pública ver-se-á fecundada pelas contribuições livres, genuínas e criativas dos cidadãos. (2012, p. 35)

O professor segue para, mais adiante, pontuar:

A boa administração de instituições públicas é um direito do cidadão, de natureza fundamental. Por que se proclama como direito fundamental pela União Europeia? Por uma grande razão que repousa sobre as mais altas argumentações de pensamento democrático: na democracia, as instituições políticas não são de propriedade de políticos ou alto funcionários, mas sim do domínio popular, são dos cidadãos, das pessoas de carne e osso que dia a dia com seu esforço por incorporar os valores cívicos e as qualidades democráticas, dão conta do espírito democrático no cotidiano. Por isso, se as instituições públicas são da soberania popular, de onde procedem todos os poderes do Estado, é claro que devem estar voltadas ao serviço geral, e objetivo, das necessidades coletivas. Por isso, a função constitucional da Administração Pública, por exemplo, centra-se no serviço objetivo ao interesse geral. Sendo assim, se consideramos que o cidadão deixou de ser um sujeito inerte, sem vida, que tinha pouco menos que ser conectado à vida social por parte dos poderes públicos, então compreenderemos melhor o alcance desse direito. (2012, p. 156)

Peters, entende que não se trata de um reconhecimento de um novo direito humano, mas a verificação prática de que a corrupção afeta direitos humanos já reconhecidos por órgãos internacionais e consolidados em tratados e geralmente os direitos sociais são exatamente os mais afetados:

This is not about any (new) human right to a corruption-free society. Such a right is neither recognized by legal practice nor is there a need for it. Rather, corruption affects the recognized human rights as they have been codified by the UN human rights covenants. In practice, what is most often affected are social rights, especially by petty corruption. For example, corruption in the health sector affects the right of everyone to the highest attainable standard of health (Article 12 ICESCR [International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights]); in the education sector, the right to education (Article 13 ICESCR) is at issue.

But also the classical liberal human rights may be undermined by corruption: If a prisoner has to give the guard something in return for a blanket or better food, then the prisoner's basic right to humane conditions of detention (Article 10 ICCPR [International Covenant on Civil and Political Rights]) is affected. If – as most observers tend to think – the current surge in human trafficking is made possible and facilitated primarily by corruption that induces police and border guards to look the other way, then this affects the human right to protection from slavery and servitude (Article 18 ICCPR). Obviously, corruption in the administration of justice endangers the basic rights to judicial protection, including the right to a fair trial without undue delay (Article 14 ICCPR). In the case of grand corruption and foreign bribery,

however, the implications for human rights – such as the effect of nepotism on the right to equal access to public offices (Article 25(a) ICCPR) – are less clear. (2015)

Não somente na doutrina, mas também órgãos internacionais têm seguido essa esteira. O Conselho da Europa trilhou essa mesma esteira na Convenção Penal sobre Corrupção de Estrasburgo de 1999 ao expressamente consignar:

Sublinhando que a corrupção constitui uma ameaça para o Estado de direito, a democracia e os direitos do homem, mina os princípios de boa administração, de equidade e de justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento econômico e faz perigar a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade.

A Organização dos Estados Americanos consolidou a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, norma que foi subscrita pela Brasil e internalizada pelo Decreto 4.410, de 07 de outubro de 2002, externando considerar a estreita ligação entre combate à corrupção e democracia:

OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS,
 CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos;
 CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício;
 PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social;
 RECONHECENDO que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins;
 CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção;
 (...)
 TENDO PRESENTE que, para combater a corrupção, é responsabilidade dos Estados erradicar a impunidade e que a cooperação entre eles é necessária para que sua ação neste campo seja efetiva; e
 DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício,

Na mesma senda a Organização das Nações Unidas, nos objetivos de desenvolvimento sustentável traçado para o Brasil, aponta no item 16, que trata do tema Paz, Justiça e Instituições Eficazes, elenca especificamente “16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas”, “16.6 Desenvolver instituições eficazes e transparentes em todos os níveis” e “16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e acordos internacionais”, o que mostra uma preocupação da ONU também focada no combate à corrupção.

A lógica já consolidada no Direito Internacional é repetida na Convenção das Nações Unidas Contra Corrupção, assinada pelo Brasil na cidade de Mérida, no México, em 9 de dezembro de 2003, em sua parte preambular proclama os motivos ensejadores do tratado e fundamento com o qual os signatários compactuam:

Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito;

(...)

Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela;

É certo, entretanto, que ainda há quem seja reticente com o reconhecimento de que a corrupção solapa as instituições e inverte a finalidade de um Estado Democrático sendo assim estreitamente ligado a efetivação de outros direitos humanos.

Landolfo Andrade e Valério de Oliveira Mazzuoli (2023) resumem e combatem as teses mais comuns entre os que advogam pela impossibilidade de reconhecer a corrupção como violadora de direitos humanos:

Existe, inclusive, certa relutância quanto a esse reconhecimento por uma série de motivos. Para alguns, a corrupção seria inerente à natureza humana, razão pela qual nenhum direito universal poderia impedir a sua ocorrência. Outros argumentam que a corrupção seria um mal necessário, importante para que os governos e as economias funcionem de modo mais eficiente. Noutro prisma, há quem sustente que diferentes graus de corrupção podem ser tolerados como fenômenos transitórios ou culturais de diferentes regiões ou países.

Em sentido contrário, Mathhew Murray e Andrew Spalding defendem a ideia de que o direito de viver em um ambiente livre de corrupção deveria figurar entre os direitos humanos. Em apertada síntese, apresentam os seguintes argumentos:

1) de acordo com a "lei da natureza", de John, Locke, sem a regulação de uma terceira parte neutra — ou do governo — as pessoas vão agir em seu próprio interesse e invadirão a liberdade dos que as rodeiam. Se os agentes públicos se corrompem, eles deixam de agir como intermediários neutros e, conseqüentemente, o Estado deixa de exercer a sua função original e precípua;

2) a elevação de status colocaria as leis de combate à corrupção à frente de outras leis. Muitos países ratificam convenções internacionais e adotam, no plano interno, leis de combate à corrupção. O grande problema está na baixa efetividade dessas leis e na impunidade dos corruptos e dos corruptores. Nesse cenário, considerar a prática de corrupção uma violação direta dos direitos humanos daria um peso muito maior a esse corpo normativo. As implicações práticas dessa categorização seriam imediatas na legislação de qualquer país, pois todo o arcabouço normativo de combate à corrupção passaria a ser interpretado e aplicado a partir de um novo contexto;

3) a elevação da liberdade de corrupção à condição de direito humano esvaziaria a frágil justificativa daqueles que descartam iniciativas anticorrupção sob o argumento de que a corrupção é um fenômeno cultural. Como os direitos humanos são universais, não seria mais válida a afirmação de que algumas culturas são mais corruptas do que outras;

4) é absolutamente impossível implementar outros direitos humanos fundamentais, incluindo os direitos à saúde e à educação, sem também tratar da corrupção.

Também pensamos assim. Embora os esforços anticorrupção estejam crescendo em todo o mundo, e iniciativas como a da Convenção de Mérida tenham procurado fomentar a implementação de leis anticorrupção, ainda falta vontade política em muitos países. E o reconhecimento da liberdade de corrupção como um direito humano certamente fará surgir o ímpeto necessário para muitos países reforçarem as iniciativas de combate à corrupção.

Pode até parecer que corrupção seria um crime sem vítimas, mas o fato é que como há uma coletividade como vítima, em geral, os coletivos mais invisibilizados são exatamente os mais afetados, pois grande parte da grande corrupção atinge especificamente direitos sociais como, segurança, moradia, transporte público, saúde e educação exatamente por ser, em geral, nessas pastas as maiores movimentações de recursos públicos.

Como há o desvio dos montantes, quem mais precisa desses serviços estatais e não pode pagar para tê-los de forma particular é exatamente quem é mais afetado pelo remédio que falta na unidade de saúde, pela fila da moradia social que não anda porque a empreiteira abandonou a obra ou pela escola sucateada onde sequer há merenda oferecida aos alunos que, por problemas nutricionais, terão a aprendizagem severamente afetada.

Há, inclusive, um estudo da Transparência Internacional com a Equal Rights Trust, uma organização que visa eliminar as formas de discriminação, intitulado “Defying Exclusion: Stories and insights on the links between discrimination and corruption” (2021), que apresentam situações reais de vínculos entre discriminação e corrupção.

O documento, por exemplo, traz relato de casos na Nigéria em que desde janeiro de 2014, após a aprovação de uma lei contra união entre pessoas do mesmo sexo, houve aumento de casos de corrupção e extorsão da população LGBTQIA+. Os relatos dão conta de que a polícia passou a espancar e prender pessoas da população LGBTQIA+ de modo a exigir o pagamento de suborno para que fossem liberadas da prisão ou cessassem as agressões físicas sem que se fizesse o legal registro do caso, o que seria a única forma das vítimas evitarem ser processados pela lei local.

É certo que essa população tem seus direitos humanos violados não somente pela grave lei discriminatória ou pelo injustificado ataque a sua incolumidade física, mas também é certo que a extorsão policial com exigência de suborno se afigura extremamente grave e violadora de direitos humanos.

Dessa forma, até mesmo extrapolando o acesso a bens e serviços públicos, a corrupção, que é um abuso em si mesma, atinge, de fato, as populações mais invisibilizadas.

No final das contas todos são em maior ou menor grau afetados, mas quanto mais distante do dinheiro e do poder o cidadão está mais atingido será pela corrupção.

O fato é que no âmbito externo sobejam demonstrações de que a Comunidade Internacional se preocupa com a corrupção e, por isso, reconhecer o *status* de direito humano do direito de viver livre da corrupção é caminho que os órgãos internacionais têm trilhado. Por outro lado, no âmbito interno, ainda há a necessidade de amadurecer essa compreensão.

3.2 Corrupção como violadora de Direitos Humanos na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgãos que integram o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos têm seguido a mesma esteira de evolução de outros órgãos internacionais para consolidar cada vez mais a compreensão de que a corrupção é violadora de direitos humanos.

O entendimento de que a corrupção solapa o Estado Democrático e a falta de democracia é raiz fundamental para uma quantidade avassaladora de violações de direitos humanos não é estranho para o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos.

Desde 2001 a comissão já tem demonstrado preocupação com essa relação inversamente proporcional entre níveis democráticos e corrupção e em como isso tem atingido gozo de Direitos Humanos.

Trata-se de uma análise da Comissão sobre a situação do Paraguai após uma tentativa de golpe de estado em maio de 2000. Nessa esteira a comissão pontuou que “el vínculo entre el fenómeno de la corrupción y la estabilidad democrática, y relevar cómo el debilitamiento de las instituciones públicas que produce la corrupción impactan en el disfrute efectivo de los derechos humanos de las personas en general” (2019, p. 34).

De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2019, p. 60-61):

136. Dado la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción en la región, la Comisión considera que sus impactos son profundos y diferenciados. Por un lado, los actos de corrupción pueden configurar violaciones de derechos humanos; y por otro lado, las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos.

137. Un primer grupo de situaciones que preocupa a la Comisión corresponde a aquellas en que mediante actos de corrupción se incumplen directamente las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos¹³². Puede configurarse una violación de derechos humanos y con ello la responsabilidad internacional, cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva un incumplimiento a una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado. De conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos¹³³, el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas por las violaciones de derechos humanos cometidas en su perjuicio.

138. Una segunda dimensión que es necesario clarificar es la relación contextual entre el fenómeno de corrupción y las violaciones de derechos humanos, esto es, las distintas formas en que se presenta la corrupción en la región y su vínculo con distintos tipos de violaciones de derechos

humanos. Es claro que no sólo la corrupción viola derechos humanos, sino que se debe prestar atención a la forma en que diversos contextos de corrupción facilitan y/o fomentan la vulneración de derechos humanos. Lo anterior es relevante en la determinación de las medidas adecuadas que deben adoptar los Estados para erradicar la corrupción en la región.

139. La Comisión considera que el vínculo más evidente se da entre las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y los casos de corrupción, entendida como cooptación del Estado y desviación institucional. Las dictaduras y gobiernos que devienen en autoritarios aunque tengan un origen democrático, se caracterizan por la concentración ilegítima de poder estatal, amplios espacios de discrecionalidad, ausencia de mecanismos institucionales y sociales de control, garantía generalizada de impunidad y una normalización de la ilegalidad. Tal como ha sido observado por la CIDH en la región, es claro que los contextos de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos están íntimamente unidos con condiciones que propician la corrupción, en un entramado que se retroalimenta. Tanto los actos individuales de corrupción, como los actos sistémicos conviven y dan cuenta de formas diversas de afectaciones de derechos mediante corrupción, como malversación de fondos, impunidad, traspaso de empresas públicas grupos cercanos al poder político, violencia, represión estatal frente al control ciudadano y de la prensa, siendo estas prácticas comunes en los sistemas autoritarios. En estos casos la lucha por los derechos humanos es también la lucha contra la corrupción y viceversa. Un caso ilustrativo es el de la represión estatal en Nicaragua.

140. En el caso de violaciones estructurales de derechos humanos, el vínculo con la corrupción es menos evidente, pero está igualmente presente. Los casos de violaciones estructurales de derechos humanos corresponden a aquellas situaciones donde las violaciones de derechos que afectan a ciertos colectivos en condiciones de vulnerabilidad histórica en el goce y ejercicio de sus derechos, están directamente vinculadas con complejos entramados institucionales y culturales que fomentan, permiten o directamente producen las afectaciones de derechos y cuya resolución requiere de un actuar coordinado de todo el aparato estatal. En estos casos el vínculo se da con diversas manifestaciones del fenómeno de corrupción en la región. Por una parte, en estos contextos la corrupción aislada afecta en forma agravada a sectores desaventajados que pueden ser objeto de prácticas extorsivas de distinta naturaleza. Por otra parte, casos de gran corrupción y macro-corrupción también tienen un impacto en estos grupos, ya que muchas veces los fondos que se sustraen del erario público son precisamente aquellos destinados a estos sectores prioritarios de las políticas sociales del Estado. Más grave aún, los casos de cooptación institucional afectan en forma desproporcionada a estos colectivos, agravando su vulnerabilidad que se traduce en distintas formas de violencia e impunidad, particularmente cuando la cooptación está vinculada con el crimen organizado.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos ainda em 2009, analisou *López Mendoza vs Venezuela*, caso em que um ex Controlador Geral foi impedido de assumir um cargo público para o qual eleito por meio de uma decisão administrativa que sequer qualificava o tipo de conduta ilícita que se estava imputando, de modo que no caso concreto chegou a se pronunciar no sentido de que “ Por otra parte, este Tribunal considera que la lucha contra la corrupción es de suma importancia y tendrá

presente esa circunstancia cuando se le presente un caso en que deba pronunciarse al respecto”.

A Corte enfrentou mais diretamente o tema da corrupção ao analisar o caso *Ramirez Escobar y Otros vs Guatemala*.

O caso investigou a situação das adoções internacionais dos irmãos Osmín Ricardo Tobar Ramírez e J.R., de 7 e 2 anos de idade, que evidenciaram uma rede de tráfico de crianças da Guatemala para outros países nas quais se utilizavam de adoções sem a observância das normas legais, violando direitos de crianças, inclusive com suas retiradas do país e separação de irmãos. Isso tudo com o aval de instituições nacionais que deveriam zelar pelos direitos das crianças.

No caso a Corte Interamericana de Derechos Humanos, em importante *leading case* sobre o assunto, considerou que:

240 Además, la Corte reitera que estas adopciones se dieron en el marco de un contexto en el cual la debilidad institucional y la flexibilidad normativa facilitó la formación de redes y estructuras de delincuencia organizada dedicadas al negocio de las adopciones irregulares (supra párrs. 61 a 71 y 145). Como fue resaltado por varios peritos ante esta Corte y por la CICIG [Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala] las adopciones no respondían al interés superior del niño, sino que casas de abrigo, notarios y autoridades judiciales respondían en gran medida a intereses económicos. Además, este Tribunal destaca cómo estas redes de adopciones ilegales engranadas dentro de las estructuras del Estado no solo aprovecharon de las debilidades institucionales y legales del Estado guatemalteco sino también de la situación de la vulnerabilidad de las madres y familias viviendo situación de pobreza en Guatemala.

241 Al aspecto, este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y o los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute en toda la sociedad, en la orden democrático y el estado de derecho. En este sentido, la Convención Interamericana Contra la Corrupción establece en su preámbulo que “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

242 La Corte recuerda que los Estados Deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción. No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto. La Corte destaca que las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción del interés

superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento. En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo o en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos. [p. 80-81]

Trata-se de forte precedente que tem sido utilizado tanto pela Corte quanto pela Comissão em outros casos que envolvem corrupção.

Em tempo, é importante notar que a Comissão Internacional Contra a Impunidade na Guatemala (CICIG), instituída pela ONU em acordo firmado em 12 de dezembro de 2006 como o governo guatemalteco para apoiar órgãos como a polícia, o Ministério Público e outras instituições em investigações sensíveis se destacou por apurar casos de corrupção e abuso de poder em altas esferas do poder daquele país.

Entretanto, a atuação da comissão estava prevista para ser estendida até 2021, foi encerrada com a rescisão unilateral do acordo, ainda em setembro de 2019, pelo presidente da Guatemala, Jimmy Morales, que venceu as eleições criticando os casos de corrupção dos governantes anteriores denunciados pela Comissão e prometendo apoiar a CICIG e estender seu mandato até 2021.

A rescisão veio após a CICIG verificar financiamento ilegal da campanha do presidente e, ainda, acusar o irmão e um dos filhos do presidente de fraude fiscal, o que gerou, aos dois últimos, prisão domiciliar.

Importante o registro para ressaltar que as violações indicadas pela CICIG causadas pela corrupção geram reações nas estruturas corrompidas para se blindarem, fato que só reafirma as preocupações anteriormente expostas pela Corte ainda no caso dos irmãos Ramirez no sentido de que a corrupção é obstáculo ao gozo e usufruto de direitos humanos e que repercutindo em toda a sociedade, na ordem democrática e no Estado de Direito.

É certo que assuntos como vedação a tortura e a pena de morte, segurança alimentar, liberdade locomotora, dentre outros, já estão consolidados como temas de direitos humanos no Brasil. E de fato, o são e merecem toda a atenção necessária.

O que causa estranheza é que, quando comparado com o nível de diálogo de órgãos supranacionais, se constata que, no Brasil, o debate sobre considerar a corrupção como violadora de direitos humanos ou sobre o a probidade

administrativa ou direito de viver livre da corrupção se tratar de direitos humanos seja incipiente, se não nulo.

Aliás,

En su análisis, la CIDH pone de relieve que “la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. En similar sentido, los órganos de tratados y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han observado que cuando la corrupción es extendida, los Estados no pueden cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos”; refleja que la “corrupción puede ser también causa indirecta de violaciones de derechos humanos cuando se busca evitar que se denuncien actos de corrupción afectando derechos como el acceso a la justicia y la libertad de expresión, entre otros”, y resalta que “en el contexto de la OEA, la lucha contra la corrupción tiene un rol importante en la implementación de compromisos fundamentales que los Estados miembros han asumido”. (ANTONIAZZI, Mariela. Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos In: TABLANTE, C.; MARIELA, M. (Eds.), 2018.)

Na contramão da doutrina estrangeira e dos tratados internacionais, o debate público e o debate especializado brasileiro ainda engatinham na consideração da probidade administrativa como direito fundamental de forma que, como demonstrado, não se trata de mera questão patrimonial individual, mas da defesa da própria democracia, como tanto assinalam os diplomas internacionais, e como meio necessário para efetivação de outros direitos humanos.

4. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e seu *status* normativo no Brasil

Situar os tratados internacionais dentro das hierarquias internas de normas sempre foi tarefa tormentosa no Brasil.

Isso porque historicamente havia o embate entre posições que ora lhes concedia a hierarquia de lei, ora situava no patamar de norma constitucional.

Nesse primeiro recorte histórico não se fazia diferença entre tratados internacionais comuns e os que versassem sobre matéria de direitos humanos.

Gomes e Mazzuoli (2009) registram esse recorte histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A tradicional jurisprudência da nossa Corte Máxima, desde os anos 70 do século XX, emprestava aos tratados, incluindo-se os de direitos humanos, o valor de direito ordinário (RE 80.004-SE, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 01.06.77). Nele prosperava a corrente paritária: tratado internacional vale tanto quanto a lei ordinária. Esse entendimento foi reiterado pelo STF mesmo após o advento da Constituição de 1988 (STF, HC 72.131-RJ, ADIn 1.480-3-DF etc.).

Havia nessa quadra histórica apenas uma diferenciação no concernente aos tratados internacionais que versassem sobre matéria tributária. Isso porque o Código Tributário, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 como Lei Complementar, expressamente consignou que: “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

A redação do art. 98 do CTN dava aos tratados internacionais de direito tributário, assim, uma posição de norma *supralegal*, pois, por força de dicção de uma Lei Complementar (CTN), estariam acima das normas legais (ordinárias e mesmo complementares), mas abaixo do texto constitucional.

Então, até dezembro de 2004, antes da Emenda Constitucional 45, o que se tinha no Brasil é que tratados internacionais, qualquer que fosse o assunto, tinham *status* de lei ordinária, com a única exceção dos tratados de direito tributário que tinham *status supralegal*, nos termos do art. 98 do CTN.

Ocorre que a Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, inclui no art. 5^a da Constituição o novo § 3º com redação assim determinada:

Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A situação criou duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos. Na primeira categoria estariam os novos tratados de direitos humanos que se submetessem ao quórum qualificado que equivaleriam a Emendas Constitucionais. Na segunda categoria estariam as antigas e novas normas que não foram ou fossem aprovadas nos termos do art. 5º §3ª da Constituição.

Não houve definição acerca da hierarquia que seria ocupada por essas normas, de modo que coube novo dissenso doutrinário. Dentre outras posições- que existiam, três correntes se destacavam.

Uma primeira corrente defendeu que essas normas continuavam tendo *status* de legislação ordinária, conforme a então jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal, só alterando o status se posteriormente submetidas ao rito do art. 5º §3º da Constituição, quando então passariam a ser equivalentes às Emendas Constitucionais.

A segunda corrente defendia que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 e aqueles que não observam o quórum qualificado ganhavam automaticamente a envergadura de Emendas à Constituição.

A terceira corrente advogava que, a exemplo de países como Alemanha, França e Grécia, os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo sem qualquer procedimento especial, teriam *status supralegal*, sendo superior às normas infraconstitucionais, mas deve observância à Constituição.

A questão foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal quatro anos após a Emenda Constitucional 45/2004, em dezembro de 2008, no julgamento do HC 87.585-TO e do RE 466.343-SP, quando a Corte Constitucional negou vigência ao Decreto-Lei 911/69, com redação dada pela Lei 6.071/1974, que regulamentava a prisão civil do depositário infiel, em face de sua não conformação com o Pacto de

São José da Costa Rica, última norma esta cuja estatura foi declarada como *supralegal*.

A Corte Constitucional asseverou que, em que pese a disposição constitucional do art. 5º, LXVII da Carta Magna, que autoriza a prisão civil do depositário infiel, a norma infraconstitucional que regulamentava a disciplina dessa modalidade de prisão civil perdeu sua validade em face do Brasil ter se tornado signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1992.

No julgamento ficou assentada a posição do Supremo Tribunal Federal em considerar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como normas supralegais, que estariam abaixo da Constituição, mas acima de toda legislação infraconstitucional, de modo que as leis que estejam em desacordo perdem a validade.

Nesses termos o voto vencedor do Ministro Marco Aurélio no HC 87.585-TO:

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da "supralegalidade", tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.

Fixada a tese no *leading case* acima, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo historicamente a posição.

Aliás, é de ressaltar que em outro *leading case* de repercussão, ainda em 2009, o Supremo Tribunal Federal não somente reafirmou sua jurisprudência, como chegou a usar como razão de decidir manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Trata-se do julgamento do RE 511.961, no qual a Corte Suprema decidiu que a exigência do diploma de nível superior para o exercício da profissão de jornalista violava a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Na ementa do julgamento ficou expressamente consignado:

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS. (STF - RE 511961, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe 13-11-2009)

O julgamento em questão ganha relevância porque, para além de reconhecer o *status* normativo *supralegal* dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos a Corte passa a internalizar também as decisões de órgãos vinculados ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Mais recentemente, em outro julgamento de grande repercussão, o Supremo Tribunal Federal manteve e reafirmou essa compreensão. Trata-se da implementação da audiência de custódia:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico *supralegal* que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus *ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP

não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (STF - ADI 5240, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, DJe 01/02/2016)

Veja-se que, chamado a decidir, novamente o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que Tratados Humanos de Direitos Humanos possuem hierarquia *supralegal*.

Diante das reiterações de entendimento da Corte Constitucional brasileira o atual panorama jurisprudencial permite distinguir três possibilidades de status normativo para tratados internacionais.

O primeiro é que tratados internacionais, de forma geral, tem *status* de lei ordinária. Encontram-se nessa situação acordos que versem sobre questões mercantis, econômicas, de cooperação, de fronteiras, etc).

A segunda possibilidade diz respeito a tratados internacionais hierarquia constitucional. São os tratados de direitos humanos que foram incorporados ao ordenamento jurídico nacional observando o rito do art. 5º, §3º da Constituição. Atualmente encontram-se nessa categoria a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades

para Ter Acesso ao Texto Impresso, assinado pelo Brasil em 27 de junho de 2013 e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, assinado pelo Brasil em 5 de junho de 2013, na Guatemala.

Por fim, a terceira possibilidade de hierarquia normativa diz respeito aos tratados internacionais de natureza supralegal. Nessa categoria encontram-se os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não foram incorporados ao ordenamento pátrio pelo rito do art. 5º §3º da Constituição e, também os tratados internacionais que versem sobre matéria tributária, por força do art. 98 do Código Tributário Nacional.

Situar a hierarquia de cada uma dessas normas internacionais mostra-se importante para que eventual resolução de conflitos entre as normas internas e os compromissos assumidos pelo Brasil na órbita externa.

O exercício da soberania dá-se quando o Brasil firma tratados internacionais e não quando os descumpre. A observância dos pactos realizados com outros Estados igualmente soberanos, em especial para promoção e fortalecimento de direitos humanos, é pedra de toque para que o Brasil tenha credibilidade e consiga se colocar no cenário internacional como uma voz relevante a ser ouvida e respeitada.

5. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 e a Convenção de Mérida: a necessidade de controle de convencionalidade do novo sistema prescricional no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins.

5.1. A alteração do sistema prescricional

A Lei 14.230, publicada em 25 de outubro de 2021 alterou circunstancialmente a Lei 8.429/1992, reestruturando o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa no Brasil.

As mudanças foram substanciais e atingiram diversos pontos do sistema anterior, como exclusão da modalidade culposa da tipologia dos atos que causam prejuízo ao erário, criação de uma ação *sui generis* de improbidade que não tem caráter civil nem penal, rol taxativo para a tipologia dos atos que violam princípios, exclusão de modalidades violadoras de princípios, dentre tantas outras alterações.

No meio dessas inovações a Lei 14.230/2021 trouxe também um novo sistema prescricional para as ações de improbidade administrativa com a alteração do art. 23 da Lei 8429/1992.

No sistema anterior, em resumo, a lei previa prescrição no prazo de cinco anos, prazo contado após o fim do mandato, cargo em comissão ou função de confiança, da apresentação da prestação de contas no caso de entidade que receba qualquer tipo de incentivo ou subvenção do Poder Público que representasse menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual e, por fim, no mesmo prazo que o previsto para faltas administrativas que pudessem causar a demissão a bem do serviço público do agente.

No antigo sistema, uma vez proposta a ação o prazo prescricional era interrompido e não mais voltava a correr durante o trâmite da ação judicial.

Frise-se que a maior parte dos casos, que geralmente envolviam ocupantes de mandato eletivo, o início da contagem do prazo prescricional não coincidia com a data do cometimento da improbidade, mas era postergado para após o fim do mandato do gestor ímprobo. A escolha do sistema anterior se justificava, pois a realidade sempre foi que na maior parte dos casos o ilícito é cometido justamente

por quem tem o poder de mando, quem tem condições de impedir, minar ou abafar investigações internas e retaliar outros agentes públicos que pretendam levar o fato a conhecimento de autoridades externas que possam demandar responsabilizações ou desfazer o ato, como o Tribunal de Contas ou Ministério Público.

No fim, o que se pretendia é que a prescrição somente passasse a ser contada a partir do momento em que houvesse viabilidade prática de responsabilização da improbidade, seja porque mudou o gestor (no caso de ação movida pelo ente federativo lesado), seja porque houve a real possibilidade de o Ministério Público averiguar a conduta sem supressão, falsificação ou destruição de provas.

Exatamente por esses motivos, o Superior Tribunal de Justiça tinha jurisprudência firme no sentido de que o início do prazo prescricional, no caso de reeleição, só se dava após a cessação dos mandatos eletivos consecutivos, ou seja, caso o gestor fosse reeleito, tinha-se o segundo mandato como prolongamento do primeiro. Nesse sentido:

Com relação à mencionada afronta ao art. 23, I, da Lei 8.429/1992, verifica-se que o posicionamento adotado pelo juízo a quo coaduna-se com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que o termo inicial do prazo prescricional da Ação de Improbidade Administrativa, no caso de reeleição de agente político, começa a correr somente após o término ou cessação do segundo mandato, porque, embora distinto do primeiro, há continuidade do exercício da função pública, com a permanência do vínculo existente entre o agente e o ente político, considerando que a lei não exige o afastamento do cargo para a disputa de novo pleito eleitoral. (AgInt no REsp n. 1.720.000/TO, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/2/2019, DJe de 6/3/2019.)

Posição jurisprudencial, aliás, condizente com a razão ontológica da redação da lei, pois, entre um mandato e outro não houve cessação das pressões que o gestor poderia exercer ou das provas que poderiam ser excluídas ou subtraídas.

A Lei 14.230/2021, entretanto, alterou completamente o sistema de prescrição das improbidades administrativas.

A partir da nova lei, assim passou a ser lido o art. 23 da Lei 8.429/1992:

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.
I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 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.

§ 3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.

§ 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.

É certo que houve uma completa mudança no sistema de prescrição e, nessa quadra, é de se chamar a atenção para alguns pontos.

O primeiro é que no *caput* do art. 23 o prazo prescricional sobe de 5 anos para 8 anos, mudança em si positiva e que bem garantiria a proteção do patrimônio público e desincentivaria a prática de atos ímprobos.

O segundo ponto é que, ainda no *caput* do art. 23, prevê-se agora o início da contagem do prazo prescricional desde o cometimento do ato ou, caso se trate de infração permanente, desde a data da cessação da conduta, abandonando o vetor axiológico da viabilidade investigativa.

Veja-se o perigo da alteração na mudança do termo inicial de contagem de prazo, pois no caso de ocupantes de cargos do Poder Executivo, caso haja reeleição, a improbidade cometida no primeiro dia do primeiro mandato prescreve justamente no fim do último mandato, de forma que o fato, em geral, pode nunca ter chegado ao conhecimento do Tribunal de Contas ou do Ministério Público justamente por pressões internas do ímprobo, entretanto, para efeitos da lei, já há contagem do tempo de prescrição.

A situação ainda é pior se for levar em conta os mandatos para o Poder Legislativo, sim, pois nesses casos, ao contrário da limitação de apenas uma reeleição que tem o Poder Executivo, o agente pode se reeleger quantas vezes conseguir. Nesses casos em havendo 3 ou 4 mandatos seguidos é quase a certeza de impunidade das improbidades cometidas no primeiro e segundo mandatos.

Rememore-se que, como exposto anteriormente, a jurisprudência, considerando os valores axiológicos do sistema anterior de prescrição, já estava assente que o início do prazo seria a partir do final do último mandato exercido, situação que, com a redação da nova lei, deve-se alterar uma vez que o legislador nitidamente mudou o vetor axiológico, passando a privilegiar o ímprobo.

Em terceiro lugar, o §4º do art. 23 passa a prever balizas de interrupção da prescrição, sendo a primeira interrupção na propositura da ação e posteriormente a cada decisão de mérito, caso seja condenatória ou confirmatória de condenação.

Observe-se que essas balizas comporão, como adiante se mostrará, os lapsos temporais que permitirão a implementação da prescrição intercorrente, ou seja, a prescrição que ocorre mesmo após já proposta a ação.

A verdade é que a ideia de prescrição intercorrente não é nova. A Lei de Execução Fiscal, Lei 6.830 de 22 de setembro de 1980, prevê em seu art. 40 §2º a prescrição intercorrente na Execução Fiscal. Entretanto, nesse caso, a prescrição é da ação de execução e não da ação de conhecimento, como o fez a Lei 14.230/2021.

Uma sistemática mais parecida com a que foi adotada pelo legislador de 2021 é exatamente a sistemática do Código Penal, que em seu art. 117 estabelece os parâmetros que serão utilizados para a prescrição da pretensão punitiva (em

especial a prescrição retroativa e a prescrição superveniente) e até mesmo para a prescrição da pretensão executória.

O fato é mesmo em um sistema tão fechado como o Direito Penal, em que a regra de interpretação e de julgamento é sempre *favor rei*, ainda assim, a redução na metade dos prazos prescricionais somente se dá por condições pessoais do réu (art. 115 CP) e não pela simples propositura da ação penal de modo a tornar inegável que sublimação de um instituto da Execução Fiscal em uma ação de conhecimento, misturada com balizas prescricionais inspiradas no direito penal que, como adiante se mostrará, são reduzidas pela metade não por condição especial do réu, da vítima ou do processo, mas pela simples propositura da ação, mostram o quanto disfuncional a pretendida prescrição intercorrente se propõe a ser desde sua gênese.

O quarto ponto, e aprofundando o já dito adiantado no parágrafo anterior, é que o novo §5º do art. 23 inova ao determinar a redução do prazo prescricional na metade (4 anos) após a primeira interrupção com a propositura da ação.

Por fim, o que merece relevo para esta análise, é a previsão do §8º do art. 23 que determina o reconhecimento da prescrição intercorrente se, entre as balizas do §4º, decorrer mais que o prazo reduzido do §5º (4 anos).

Veja-se, de início, que o §5º, reduziu o prazo prescricional apontado no caput pela metade, de modo que para o reconhecimento da prescrição intercorrente no âmbito da ação de improbidade administrativa, basta o transcurso do prazo de 4 anos.

Os marcos interruptivos da prescrição referidos nos incisos II a V do §4º, dizem respeito apenas a publicações de decisão de procedência ou a decisões e acórdãos que confirmam sentença ou acórdão de procedência ou reformam sentença ou acórdão de improcedência.

Desse modo, a publicação de sentença de improcedência, ou daquelas decisões que confirmam sentença ou acórdão de improcedência ou que reformam sentença ou acórdão de procedência não tem efeito interruptivo do prazo prescricional.

Não é desarrazoado que as ações de improbidade administrativa demandem maior tempo de tramitação. Tal ocorre por questões inerentes à sua própria natureza

e complexidade, como a inclusão de vários réus no polo passivo e a produção probatória dificultosa, já que envolve normalmente a realização de perícias complexas, a análise de grande volume de documentos, além da quebra e a posterior análise de sigilos fiscal e bancário. Isso sem falar da possibilidade da utilização de prova emprestada produzida em processo penal, como a interceptação telefônica, que exige aprofundada análise.

O exíguo prazo de 4 (quatro) anos para o processamento de ação de improbidade administrativa em caso complexo e obtenção de sentença de procedência (a publicação de sentença de improcedência não interrompe o prazo) transitada em julgado é impraticável.

E isso quem diz são os números do próprio Conselho Nacional de Justiça. Levantamento do CNJ do ano de 2015 mostra que o tempo médio de duração das ações de improbidade no Brasil é de 1.548,63 dias, ou seja, cerca de 4 anos e 3 meses.

Trata-se de um dado oficial divulgado anteriormente à nova lei, de modo que o legislador propositalmente estabeleceu 4 anos para prescrição como prazo pouco menor que a duração média das ações justamente para que a imensa maioria das condutas ímprobas passassem a prescrever fazendo valer a pena apropriação do patrimônio público pelo particular, uma alteração dolosamente direcionada para privilegiar o agente ímprobo.

A decisão legislativa resultará que apenas as ações que envolvam práticas singelas de improbidade, por servidores do baixo escalão, serão julgadas no diminuto prazo concedido.

Some-se a isso a regra prevista no inciso II do §10-F do art. 17, segundo a qual “será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que condenar o requerido sem a produção das provas por ele tempestivamente especificadas.”

Com isso, referenda-se a prática de requerer a produção de diversas provas irrelevantes e descabidas com o objetivo de protelar a instrução, o que a partir da interpretação dada à nova lei será deferida sob o argumento de se evitar futura nulidade.

Bastaria, assim, postular-se a oitiva de testemunha em outro país para praticamente se garantir o reconhecimento prescrição intercorrente, dada a sabida demora na expedição e cumprimento das cartas rogatórias.

Com tais regras, portanto, é certo que demanda da natureza de uma ação de improbidade administrativa, com toda a complexidade que lhe é peculiar, dificilmente escape do alcance de tal instituto, aniquilando-se, assim, a garantia constitucional de se ver apreciada pelo Poder Judiciário a lesão à moralidade administrativa.

Para fixação das regras processuais, caberia ao legislador realizar a ponderação entre o direito à razoável duração do processo e o direito fundamental à probidade na administração pública, a fim de definir prazo razoável e possível de ser atendido.

No entanto, da forma como foi estatuída, a prescrição intercorrente pela Lei 14.230/2021, o direito fundamental à tutela jurisdicional foi violado, diante do estabelecimento de prazo exíguo e inexecutável para a realidade judiciária brasileira.

Em suma, a redução desarrazoada do prazo da prescrição intercorrente (de 8 para 4 anos), principalmente quando aliada aos marcos interruptivos da forma como previstos, representam ofensa direta aos direitos fundamentais.

Esses dispositivos combinados acabaram por vulnerar o sistema de punição por atos ímprobos, tornando a corrupção objeto de proteção e não mais a probidade administrativa.

5.2 Ofensa a vedação de retrocesso e a proibição da proteção deficiente.

Há expressa na Constituição e, ora explícito ora implícito, em todo ordenamento jurídico pátrio um verdadeiro mandado constitucional de proteção à probidade administrativa.

Para Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal Federal:

o aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves

sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF)” [...] Essa inovação constitucional de 1988, em permitir tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (tenham natureza penal ou político-administrativa) e os atos de improbidade administrativa, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a ilegalidade qualificada, ou seja, a Constituição comandou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. (STF. RE 976566, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019.)

Foi nesse contexto que a Lei nº 8.429/1992 foi editada, tendo como escopo não apenas proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa, sendo esse o verdadeiro espírito do art. 37, caput, da Constituição Federal.

Vale trazer novamente à baila, como já discorrido no capítulo 3, que a probidade administrativa é direito fundamental e humano do cidadão, assim reconhecido tanto na órbita interna quanto em diplomas internacionais.

E isso é importante porque aplicam-se aos direitos fundamentais o princípio da *vedação ao retrocesso*.

Acerca desse princípio, explica Junior (2014):

Pois bem, o postulado da “proibição do retrocesso” orienta a evolução dos Direitos Fundamentais, em especial os Direitos Sociais aos quais o postulado em tela está mais associado, no sentido de que, uma vez reconhecidos na ordem jurídica, os Direitos não podem ser suprimidos ou enfraquecidos, sob pena de inconstitucionalidade.

No plano normativo, a vedação do retrocesso protege os Direitos Fundamentais impedindo a revogação das normas que os consagram ou a substituição dessas normas por outras que não ofereçam garantias com eficácia equivalente.

Já no plano concreto, a proibição do retrocesso obsta a implementação de políticas estatais de enfraquecimento ou flexibilização dos Direitos Fundamentais.

Esse postulado foi consagrado na Constituição Federal de 1988 com as chamadas cláusulas pétreas que impedem o próprio poder constituinte reformador de suprimir os Direitos e Garantias Fundamentais, admitindo-se apenas ampliá-los. Isto é, os Direitos são conquistas irreversíveis, não podendo retroceder, devendo apenas avançar na tutela da dignidade da pessoa humana.

Segundo J. J. Gomes Canotilho, que é um dos grandes defensores deste postulado, essa proteção dos Direitos constitui um poderoso limite jurídico da liberdade de conformação do legislador e, simultaneamente, uma obrigação de realização de uma política consentânea com os Direitos, visando sempre ao bem-estar de todos, de sorte que o núcleo essencial dos Direitos “deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo

inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”.

As alterações trazidas no sistema prescricional de atos de improbidade administrativa, são um retrocesso na defesa da coisa pública e na proteção da probidade administrativa.

Redução de prazos na metade, previsão de prescrição em prazo menor que a média nacional de duração de processos dessa natureza e criação de modalidade de prescrição intercorrente *sui generis* deixam muito claro que a proposta do legislador era vulnerabilizar a defesa da moralidade administrativa.

Logo, impossível afastar o reconhecimento de que o princípio da *vedação ao retrocesso* afasta a aplicação do novo sistema prescricional trazido pela Lei 14.230/2021, por ser violador de direitos fundamentais de quarta geração.

Ademais, o controle de proporcionalidade dos atos legislativos, em sua dimensão da *proibição da proteção insuficiente*, igualmente afasta a juridicidade do novo sistema.

Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 201), leciona que:

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

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

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

No caso, o 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.

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, 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).

Assim, a aplicação da prescrição intercorrente no âmbito da improbidade administrativa nos termos do art. 23, evidencia a intenção do legislador em efetivar o esvaziamento da Lei de Improbidade e o retrocesso na proteção da probidade, igualdade e moralidade.

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, 5º e 8º, violam o princípio da vedação ao retrocesso e o princípio proibição da proteção deficiente, dimensão do princípio da proporcionalidade, sobretudo em face do mandado de sanção previsto no art. 37, §4º, da Constituição Federal.

5.3. Violação à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) e a necessidade de Controle de Convencionalidade.

A Assembleia Geral das Nações Unidas publicou em 31 de outubro de 2003 sua Convenção contra Corrupção, tendo o diploma ficado disponível para assinatura dos países na Cidade de Mérida, no México.

O Brasil assinou a referida Convenção em 09 de dezembro de 2003, texto que foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 348, em 18 de maio de 2005.

O governo brasileiro ratificou a Convenção em 15 de junho de 2005 e entrou em vigor internacional e para o Brasil em 14 de dezembro de 2005.

Por fim, o tratado internacional em questão foi promulgado pela presidência da república pelo Decreto 5.687 em 31 de janeiro de 2006, completando, assim, todas as etapas necessárias internacionais e de internalização para sua exigibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O documento é um esforço da ONU para combater a corrupção e a lavagem de dinheiro, expressamente explicitando que:

Artigo 1

Finalidade

A finalidade da presente Convenção é:

- a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;
- b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;
- c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

A Convenção de Mérida em seu escopo leva em conta a não somente os casos que, na órbita interna, se equiparariam a tipologia dos atos administrativos que causam dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Os atos de improbidade administrativa que importam em violação de princípio tão bem estão na tutela da norma. Isso porque a existência de dilapidação patrimonial não é requisito para sua aplicabilidade:

Artigo 3

Âmbito de aplicação

1. A presente Convenção se aplicará, de conformidade com suas disposições, à prevenção, à investigação e à instrução judicial da corrupção e do embargo preventivo, da apreensão, do confisco e da restituição do produto de delitos identificados de acordo com a presente Convenção.
2. Para a aplicação da presente Convenção, a menos que contenha uma disposição em contrário, não será necessário que os delitos enunciados nela produzam dano ou prejuízo patrimonial ao Estado.

Nessa esteira, é de se observar a preocupação da Convenção de Mérida em não retroceder com os avanços já conquistados no combate à corrupção, sendo-lhes permitido criar, fomentar e instituir novas políticas, mas não abolir aquelas que já existam:

Capítulo II

Medidas preventivas

Artigo 5

Políticas e práticas de prevenção da corrupção

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.
2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção.
3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.
4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as organizações internacionais e regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção.

A preocupação da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção com retrocessos, indicando que os Estados-membros deveriam atuar sempre de forma a maximizar os mecanismos de controle e combate aos ilícitos civis e penais de agentes públicos contra a Administração Pública se repete em vários trechos de sua redação.

A exemplo dessa preocupação, vejamos o artigo 7:

Artigo 7

Setor Público

1. Cada Estado Parte, quando for apropriado e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, procurará adotar sistemas de convocação, contratação, retenção, promoção e aposentadoria de funcionários públicos e, quando proceder, de outros funcionários públicos não empossados, ou manter e fortalecer tais sistemas. Estes:
 - a) Estarão baseados em princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão;
 - b) Incluirão procedimentos adequados de seleção e formação dos titulares de cargos públicos que se considerem especialmente vulneráveis à corrupção, assim como, quando proceder, a rotação dessas pessoas em outros cargos;
 - c) Fomentarão uma remuneração adequada e escalas de soldo equitativas, tendo em conta o nível de desenvolvimento econômico do Estado Parte;

d) Promoverão programas de formação e capacitação que lhes permitam cumprir os requisitos de desempenho correto, honroso e devido de suas funções e lhes proporcionem capacitação especializada e apropriada para que sejam mais conscientes dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho de suas funções. Tais programas poderão fazer referência a códigos ou normas de conduta nas esferas pertinentes.

2. Cada Estado Parte considerará também a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a fim de estabelecer critérios para a candidatura e eleição a cargos públicos.

3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos.

4. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses, ou a manter e fortalecer tais sistemas.

Toda e qualquer política ou alteração legislativa dos signatários do pacto devem zelar pela *máxima eficácia* de suas disposições nos processos judiciais, nos exatos termos do que prescreve a norma assinada de comum acordo entre os países que, no exercício de sua soberania, se comprometeram a atuar contra a corrupção:

Artigo 30

Processo, sentença e sanções

2. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para estabelecer ou manter, em conformidade com seu ordenamento jurídico e seus princípios constitucionais, um equilíbrio apropriado entre quaisquer imunidades ou prerrogativas jurisdicionais outorgadas a seus funcionários públicos para o cumprimento de suas funções e a possibilidade, se necessário, de proceder efetivamente à investigação, ao indiciamento e à sentença dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado Parte velará para que se exerçam quaisquer faculdades legais discricionárias de que disponham conforme sua legislação interna em relação ao indiciamento de pessoas pelos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção a fim de dar MÁXIMA EFICÁCIA às medidas adotadas para fazer cumprir a lei a respeito desses delitos, tendo devidamente em conta a necessidade de preveni-los.

Caso a convenção tivesse parado nessas disposições, já seria seguro concluir pela não conformação das alterações no sistema de prescrição estabelecido pela Lei 14.230/21 com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, pois, como demonstrado, privilegiam a ocorrência da prescrição das ações de improbidade, em total descaso com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Ocorre, entretanto, que a Convenção de Mérida se preocupou expressamente em tratar acerca da prescrição:

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 tenha evadido da administração da justiça. (grifo nosso)

Veja-se que, com a redação do artigo 29 da Convenção de Mérida, a Lei 14.230/21 traz disposições em afronta direta ao Tratado Internacional que, como demonstrado no Capítulo 3, é de direitos humanos.

Primeiro porque a norma exige que os prazos prescricionais sejam sempre amplos, o que não ocorre com a alteração legislativa em comento. O aumento do prazo prescricional de 5 anos para 8 anos, em si, não fere a Convenção por se tratar de ampliação da proteção, entretanto, o marco inicial para contagem fere de morte a ideia de prazo amplo, pois, conforme já dito, torna o prazo menor e menos eficaz que o sistema anterior, onde o prazo só começava a contar após o encerramento do mandato, o que é especial salutar em sistemas normativos que admitem reeleição, como é o caso do brasileiro.

Segundo porque a disposição que reduz o prazo pela metade após a propositura da ação, como retrocesso e proteção insuficiente que é, afrontam diretamente a letra do artigo 29 da Convenção, que exige prazos prescricionais amplos.

Terceiro porque a Convenção somente prevê a possibilidade de prescrição *para iniciar os processos*, não abrindo espaço para a inovação da prescrição intercorrente. Não há autorização convencional para que, após já proposta a ação de improbidade, se continue contando prazos prescricionais, exatamente o que é a disciplina da prescrição intercorrente, de forma a, igualmente, tornar o instituto inconvencional.

A Lei 14.230/21 ao ferir de tal modo e em tantos pontos a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção mostra uma nítida vontade do Poder Legislativo, que gestou a norma, e do Poder Executivo, que sancionou-a, em inutilizar o combate

à improbidade administrativa no Brasil que alternativa não há senão reclamar a atuação do Poder Judiciário no controle de convencionalidade.

Acerca do controle de convencionalidade, Heemann explica que:

Em virtude do seu caráter alográfico³, o direito passa atualmente por um estágio de convencionalização, no qual se busca interpretar as normas domésticas à luz dos tratados internacionais⁴. É a partir desta perspectiva que surge o chamado controle de convencionalidade, definido pela doutrina como “a análise da compatibilidade dos atos normativos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes das organizações internacionais”⁵.

A expressão “controle de convencionalidade” surgiu pela primeira vez na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*; todavia, foi a partir do caso *Arellano Almonacid vs. Chile* que o tribunal interamericano inaugurou formalmente a “doutrina do controle de convencionalidade”⁶, que logo em seguida passaria a ser reconhecida e utilizada pelos tribunais superiores do Estado brasileiro⁷. (Grifo original)

É certo que o controle de convencionalidade de normas, ao exigir a compatibilidade de normas de documentos internacionais com as normas internas,

3 *Nota do autor*: O direito é alográfico porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador; afinal, a completude do texto somente é alcançada no momento em que o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Sobre o caráter alográfico do direito, ver GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes. A interpretação do direito e dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38-39.

4 *Nota do autor*: A impossibilidade de se decretar a prisão do depositário infiel com base nas normas internacionais de direitos humanos materializa o fenômeno da *convencionalização do direito*. Para um maior aprofundamento sobre este tema, ver CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. *Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas*. Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul./dez. 2015.

5 *Nota do Autor*: CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

6 *Nota do Autor*: “A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano. Exceções preliminares, mérito, reparações custas, § 126)

7 *Nota do Autor*: “A realidade pretoriana vem sendo, progressivamente, alterada, mas a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ora examinada é uma demonstração de como estamos ainda distantes de internalizar a regra do controle de convencionalidade, que há de caminhar pari passu com o controle de constitucionalidade de toda norma do direito positivo, obrigação a que se sujeita todo magistrado ou órgão jurisdicional, de qualquer grau ou instância” (STJ, REsp 1.351.177/PR, Voto do Min. Relator Rogério Schietti).

deve ser exercido não só na via concentrada, mas também é dever de qualquer juiz, em controle difuso de convencionalidade, se necessário, afastar a norma interna inconveniente.

Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. (JAYME, 1995, p. 259). (MAZZUOLI, 2023)

Nesse ponto se impõe rememorar que ao se considerar a proibidade administrativa como um direito fundamental, como realmente deve ser considerado, o *status* normativo da Convenção de Mérida é de norma supralegal, portanto, acima da legislação ordinária e complementar e abaixo apenas da Constituição.

Importante essa observação porque cria-se uma hierarquia que impede a validade da norma alteradora sob o argumento da solução de conflitos pela *lex posterior derogat legi priori*, afinal, a lei posterior somente revoga a anterior se for da mesma estatura hierárquica ou de estatura superior.

A hierarquia das normas precede os aparentes conflitos resolvidos com critérios como cronológico e especialidade.

Em sendo a Convenção de Mérida norma supralegal, somente alterações na própria Carta Magna poderiam contrariar suas disposições.

A exemplo de outras situações em que o Supremo Tribunal Federal invocou o *status* supralegal de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, houve o célebre caso da prisão civil do depositário, o da exigência de diploma de curso superior para exercício da profissão de jornalista e a previsão da garantia de audiência de custódia para as prisões em flagrante.

Em todas essas situações as normas de caráter infraconstitucional que contrariassem as disposições convencionais perderam eficácia frente sua hierarquia inferior.

Se onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito, ao se constatar que os dispositivos da Lei 14.230/21 que trataram da prescrição, em especial o início da contagem a partir do fato e não da cessação do mandato, balizas prescricionais após a propositura da ação, redução pela metade do prazo após a propositura e a prescrição intercorrente, perdem sua validade por afrontarem norma de hierarquia superior.

Nestes termos, as alterações no sistema de prescrição operadas pela Lei 14.230/21 não subsistem a confrontação com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção que, por se tratar de norma supralegal, deve prevalecer no controle de convencionalidade.

5.4. Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal: solução da questão de direito intertemporal e não do controle de convencionalidade.

As alterações da Lei 14.230/2021 levaram, como era de se esperar, a uma forte corrida aos fóruns e tribunais para a requer a aplicação de seus benefícios aos processos em curso e, dentre estes, certamente o requerimento de declaração de prescrição foi o mais veiculado.

Isso porque muitas defesas de agentes públicos passaram a tentar utilizar a lógica jurídico-penal para os institutos de natureza sancionatória não-penal.

Em tal contexto, uma miríade de teses fustigou as pretensões de responsabilização de agentes ímprobos na tentativa de encerrar as ações sem julgamento do mérito da conduta.

As teses chegavam advogar que algumas ações prescreveram antes mesmo de serem propostas no regime anterior. Ou ainda que ações de improbidades haviam prescrito com base na nova lei em balizas que, nas datas indicadas de prescrição, sequer existiam.

O cúmulo da insegurança jurídica foi concretizado em várias decisões Brasil afora que reconheciam prescrição de ações em data muito anterior à publicação da Lei 14.230/2021.

Nesse sentido, o Ministério Público do Estado do Tocantins, por seu Conselho Superior, seguindo posição institucional firmada pelo Ministério Público

Brasileiro como um todo, aprovou, em 18 de abril de 2022, enunciados para orientar, sem caráter vinculante, a atuação dos Promotores de Justiça que tinham atribuição na proteção ao patrimônio público. Vejamos os enunciados:

ENUNCIADO CSMP N. 1/2022 – O § 2º do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, introduzido pela Lei n. 14.230/2021, é norma de natureza processual e, sendo regida pelo postulado *tempus regit actum* (artigo 14 do CPC) e pelo princípio da irretroatividade das leis (artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), somente pode ter aplicação a partir da data de entrada em vigor da nova lei, 25 de outubro de 2021, não retroagindo de modo a computar períodos anteriores à vigência de norma.

ENUNCIADO CSMP N. 2/2022 – Os inquéritos civis relacionados a atos de improbidade administrativa, dolosos, que geram dano ao erário, dada a imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da CF, nos termos do reconhecido pelo STF em repercussão geral no RE 852475, jamais podem ser atingidos pelo decurso do tempo, não incidindo nessas investigações a previsão do § 2º do art. 23, introduzido pela Lei n. 14.230/2021, de limitação da prorrogação de prazo para conclusão das investigações.

ENUNCIADO CSMP N. 3/2022 – Decorridos 365 dias da vigência da Lei n. 14.230/2021, os inquéritos civis que apurem atos de improbidade administrativa e que tramitavam quando da publicação da mencionada lei, sem prejuízo do seguimento de seu andamento, deverão ter o despacho de prorrogação de prazo remetido por Sistema Eletrônico de Comunicação Interna ao Conselho Superior do Ministério Público, contendo informação do número dos autos e cópia do despacho motivado da prorrogação, se físico, dispensada essa para os feitos que tramitem sob forma eletrônica.

ENUNCIADO CSMP N. 4/2022 – O § 4º e o § 5º do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, introduzidos pela Lei n. 14.230/2021, que criaram uma prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa, são normas processuais e, sendo regidas pelo postulado *tempus regit actum* (artigo 14 do CPC) e pelo princípio da irretroatividade das leis (artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), somente podem ter aplicação a partir da data de entrada em vigor da nova lei, 25 de outubro de 2021, não retroagindo de modo a computar períodos anteriores à vigência de norma.

ENUNCIADO CSMP N. 5/2022 – As ações que se refiram a atos de improbidade administrativa, dolosos, que geram dano ao erário, dada a imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da CF, nos termos do reconhecido pelo STF em repercussão geral no RE 852475, jamais podem ser atingidas pelo decurso do tempo, não incidindo nesses processos a prescrição intercorrente criada pela Lei n. 14.230/2021.

As miríades de aspirações por impunidade levaram o Supremo Tribunal Federal, na data de 18 de agosto de 2022, no âmbito do julgamento do ARE 843.989, a fixar o tema 1.199 que tratou das questões de direito intertemporal das alterações da Lei 14230/21, assim fixando sua jurisprudência no sentido de:

1 É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

2 A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3 A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4 O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Veja-se que a orientação fixada teve por base apenas o controle de constitucionalidade, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal fixou como regra a irretroatividade da nova lei, verificando-se exceção apenas o item 3 no que concerne a extinção da modalidade culposa de improbidade, que até 2021 existia na tipologia dos atos administrativos que causam prejuízo ao erário, desde que não houvesse trânsito em julgado da condenação.

Excetuando-se essa hipótese a postura da Corte foi de imprimir à Lei o caráter irretroativo.

Ocorre que, como dito, no Tema 1.199 o Supremo Tribunal Federal concentrou-se na questão do direito intertemporal e tinha por bloco de controle a Constituição da República.

Novas ações de improbidade por fatos posteriores à nova lei não de ser propostas e, em tese, haverá a aplicação dos dispositivos que impõe termo inicial de contagem da prescrição desde o fato e prescrição intercorrente com prazo reduzido na metade.

Ora, o que se defende é justamente a incompatibilidade desse novo sistema inclusive para novas ações, afinal, por exemplo, os números do CNJ não mudaram. As ações de improbidade ainda levam em média cerca de 4 anos e 3 meses para uma primeira sentença de mérito, mas o prazo prescricional a ser-lhes aplicado será de apenas 4 anos no que determina a nova lei.

É exatamente nesse passo que se impõe asseverar que não houve, ainda, por parte da Suprema Corte uma análise aprofundada do mérito das alterações

trazidas pela nova lei. É dizer: em superada a questão do direito intertemporal, não se verificou os novos dispositivos prescricionais tendo como bloco de controle a Convenção de Mérida (e não mais com a Constituição Federal).

Essa confrontação certamente deverá, mais cedo ou mais tarde, ser feita pelo Poder Judiciário. Se não pelo Supremo Tribunal Federal, em uma espécie de controle concentrado ante os efeitos vinculantes que pode revestir seus julgados, certamente deverá ser feito pelos juízes brasileiros.

É nesse contexto que a atuação do Ministério Público será importante para movimentar o Poder Judiciário a realizar o devido controle de convencionalidade.

5.5. Atuação do Ministério Público do Estado do Tocantins para suscitar o controle de convencionalidade da Lei 14.230/2021

No âmbito do Poder Judiciário tocantinense, não diferente do resto do Brasil, futuras ações de improbidade, já ressalvadas as questões já firmadas no Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal, hão de se deparar com o novo sistema de prescrição, um sistema que não atende à realidade do Poder Judiciário brasileiro e que configura afronta aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil perante a Organização das Nações Unidas com a assinatura e ratificação da Convenção de Mérida.

Tese de dissertação do magistrado tocantinense Roniclay Alves de Moraes já apontou para a necessidade de exercício de controle de convencionalidade pelos juízes tocantinenses:

[...] razão pela qual conhecer e internalizar a jurisprudência da CorteIDH significa, além de o magistrado ter contato com os tratados e convenções, o que possibilita delinear o alcance dos direitos contidos na Convenção, garantir a proteção dos direitos humanos, cumprir a jurisprudência da CorteIDH que há mais de 10 anos tem se manifestado no sentido de que os Estados que aceitaram sua jurisdição contenciosa devem fazer o controle de convencionalidade, pautando-se por sua jurisprudência, o que reforça a posição de serem as decisões da Corte vinculantes. (2017, p. 101-102)

Nesse passo e também atento ao fato de que o controle de convencionalidade ainda tem sido, de fato, mais um arcabouço teórico do que uma

realidade do cotidiano dos juízes, opção não resta aos atores dos processos suscitar a tutela jurisdicional cada vez mais com base em Tratados Internacionais de Direitos Humanos quando o caso assim o exigir.

Veja-se que o item 4 do Tema 1.199 determina que os novos marcos temporais para contagem prescricional, inclusive intercorrente, devem ser contados da publicação da Lei 14.230/21. Ora, com essa parte final, o STF abre o flanco para que as ações que não tiverem interrupções por condenações ou confirmações de condenações até 2025 venham a, ante a aplicação da nova lei, sofrer a ação da prescrição intercorrente.

Verificando os atores dos processos de improbidade nota-se que de um lado há o réu, ávido pelo reconhecimento – o quanto antes – da prescrição. Do outro lado, em alguns casos, as Fazendas Públicas⁸ que na maioria dos Municípios, não contam com a boa estrutura que tem órgãos como a Advocacia-Geral da União ou as Procuradorias dos Estados, em outros casos o Ministério Público.

Nessa quadra que faz relevar a necessidade de atuação firme do órgão de execução ministerial para que suscite o juiz a reconhecer o *status* supralegal da Convenção de Mérida e realizar o controle de convencionalidade negando validade ao novo sistema de contagem de prazos prescricionais na improbidade administrativa.

Especial relevo, inclusive, notar que o em obra de dissertação do juiz Roniclay Alves de Moraes houve a propositura para o Tribunal de Justiça (2017, p. 141-142) de uma recomendação que instasse os magistrados a adotarem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em suas fundamentações.

A proposta, inclusive, redundou de fato na edição da Recomendação Nº 01/2017/CGJUS/TO, que assim orienta os magistrados tocantinenses:

⁸ A Lei 14.230/21 chegou a alterar o art. 17 da Lei 8.429/92 para retirar a legitimidade concorrente do *Parquet* coma Fazenda Pública lesada e prever legitimação exclusiva para o Ministério Público na propositura da Ação de Improbidade chegando a criar no art. 3º do corpo da Lei 14.230/21 um prazo de 1 ano para que o Ministério Público assumisse ou não o polo ativo das Ações de Improbidade em curso propostas pelos entes lesados, inclusive em grau recursal. Entretanto, liminares na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7042 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7043 suspenderam tanto o novo art. 17 da Lei 8.429/92 quanto o art. 3º da Lei 14.230/21, por entender que a nova lei instituíra uma exclusividade não prevista na Constituição Federal de modo que atualmente o regime continua sendo de legitimação concorrente.

Art. 1º. Recomendar aos magistrados que observem os tratados de direitos humanos e utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) quando da prolação de despachos, decisões e sentenças.

Logo, essa recomendação abre horizontes para que os magistrados do Tocantins, quando concitados pelas partes a realizar controle de convencionalidade, assim o façam de forma a caber ao *Parquet* ser fomentador das referidas fundamentações nas decisões judiciais de harmonização das normas internas às normas internacionais.

O Ministério Público do Estado do Tocantins também já deu passos importantes com a edição dos enunciados do Conselho Superior acerca do direito intertemporal, diga-se, na maior parte dos pontos indicando desde cedo a tese que se sagraria vencedora no Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo sua vocação pioneira abre-se a oportunidade do Ministério Público do Estado do Tocantins agora indicar a inconveniência do novo regime prescricional surgido com a Lei 14.230/21.

Nesse passo, e seguindo a atuação já iniciada com os enunciados de 2022, o Conselho Superior do Ministério Público pode editar novos enunciados para indicar aos órgãos de execução em cada comarca a importância do controle de convencionalidade a ser suscitada de forma difusa perante os juízes.

No mesmo esteio poderá a Corregedoria-Geral do Ministério Público recomendar aos membros com atuação na área do Patrimônio Público o exposto requerimento de manifestação judicial – com oposição de embargos de declaração, se for o caso – sobre a compatibilidade do novo sistema com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil perante a ONU na Convenção de Mérida, defendendo o *status* supralegal desse Tratado Internacional de Direitos Humanos que tutela o direito fundamental à probidade administrativa.

6. Conclusão

A Lei 14230/2021 causou profunda desfiguração do sistema de combate à impunidade no Brasil. As alterações que essa inovação provocou na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/1992) foram significativas, tendo sido alvo de críticas por parte da doutrina.

Aprovadas quase em um mesmo pacote com a nova lei de abuso de autoridade, as atividades legislativas se deram em meio a clima de revanche do sistema político diante dos avanços de iniciativas de combate à corrupção.

O clima não é diferente de tantos outros vividos na história do Brasil, e por isso este trabalho se ocupou de mostrar que as instituições brasileiras de Estado historicamente foram forjadas como estruturas favoráveis não somente a práticas de favorecimento, clientelismo e patrimonialismo, mas também a reagir contra aqueles que tentem mudar o *status quo*.

É atribuída a Wole Soyinka, poeta, ensaísta e dramaturgo nigeriano vencedor do Prêmio Nobel de literatura de 1986, a frase: “When you fight corruption, corruption strikes back and that is the truth because when you fight corruption, you get confidence and when it gets to impunity, then it gets aggressive and says, ‘oh, so you think you are different? You think you are tough and different?’ This is why some of us are almost permanently in the libel court.”⁹. A frase articulada por um ilustre filho da Nigéria poderia muito ter prefaciado obras de historiadores, antropólogos e sociólogos que tratam da história do Brasil, sua formação com Estado e burocracia e, bem assim a sociedade brasileira.

A leitura de autores como Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda, que transpuseram – independentemente de eventuais críticas – a categoria weberiana do *patrimonialismo*, na análise do Brasil, aliadas aos trabalhos de outros grandes historiadores e sociólogos como, apenas para citar um exemplo, Gilberto Freyre, expõe como a atual república já nasce – em um golpe militar, diga-se – e se desenvolve sob estruturas econômicas, sociais, políticas e burocráticas que tendem

9 Tradução livre: “Quando você luta contra a corrupção, a corrupção contra-ataca e isso é verdade porque quando você luta contra a corrupção, você ganha confiança e quando [a corrupção] consegue a impunidade, aí ela fica agressiva e diz: ‘ah, então você acha que é diferente? Você acha que é durão e diferente?’ É por isso que alguns de nós estão quase permanentemente no tribunal de difamação.”

a manter práticas que são, em verdade, antirrepublicanas como trocas de favores, nepotismo, patrimonialismo, clientelismo, etc.

Nascida uma república sob esses auspícios é certo que o ambiente era aprazível para práticas corruptas e hostis a um verdadeiro republicanismo quando, na verdade, deveria ser exatamente o contrário.

Talvez justamente por se tratar de dificuldades muitas vezes estruturais e históricas que ainda há dificuldade que mesmo em um ambiente que tenderia a ser democrático e republicano como o dos Direitos Humanos no Brasil ainda haja tanta dificuldade em tratar a corrupção como violadora de direitos humanos e o combate à corrupção como uma garantia de direitos humanos.

Avanços já havidos na Europa e mesmo no sistema regional da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos são muitas vezes ignorados na academia, na doutrina e nas cortes brasileiras sob uma perspectiva enviesada – muitas vezes por cores partidárias – de que o assunto não teria nada a ver com a proteção de direitos humanos.

E isso tem se mostrado um imenso erro. Não só porque maneta ações que garantiriam a proteção de direitos fundamentais, como liberdade, inviolabilidade física e patrimônio, mas também porque ignoram que boa parte das verbas desviadas vulneram serviços públicos essenciais que alcançam em maior proporção justamente as camadas mais hipossuficientes e invisibilizadas da sociedade, como saúde pública, educação pública, saneamento básico e outros.

É nessa quadra que necessário se faz chamar a atenção para os compromissos assumidos pelo Brasil diante da comunidade internacional de combater a corrupção que, por se tratarem de temas de direitos humanos, podem ter no Brasil status de emenda constitucional, se aprovada nos termos do art. 5º § 3º da Constituição, ou de norma supralegal.

A Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, assinada na cidade mexicana de Mérida em 2003, sob esse esquadro, por se tratar de matéria de direitos humanos (combate à corrupção) não tem mero status de lei ordinária, mas por não ter sido aprovada por rito especial do art. 5º § 3º da Constituição não pode ser considerada alteradora do texto constitucional, de modo que deve ser observada como norma supralegal.

O tratado em questão traz, dentre outras, disposições específicas acerca da prescrição em casos de corrupção.

Por outro lado, a norma alteradora da Lei 14.320/2021 promoveu mudanças no sistema prescricional da improbidade não consentâneas com a norma superior da Convenção de Mérida. Criação de prescrição intercorrente, redução de prazos prescicionais pela metade após proposta ação de improbidade, estabelecimentos de prazos que estão aquém das médias nacionais de tramitação apuradas pelo Conselho Nacional de Justiça afrontam a letra e o espírito da norma internacional, em especial a letra do artigo 29 da Convenção de Mérida.

O controle de convencionalidade pelos juízes e tribunais no Brasil ainda se arrasta e necessita de aperfeiçoamentos, constituindo instrumento útil e necessário para garantir que as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil sejam, de fato, cumpridas.

A atuação do Ministério Público e das Fazendas Públicas, legitimados para ações de improbidade, é essencial para concitar juízes e tribunais a contrastar as alterações da Lei 14.320/2021 com a Convenção de Mérida, e, assim, requerer o afastamento das novas normas prescicionais.

É certo também que isso exigirá coragem e altivez do Poder Judiciário, em especial dos juízes na primeira instância e desembargadores nos tribunais, para que, não ignorando as normas internacionais, imprimam juridicidade aos compromissos que o Brasil assume perante outros Estados e, assim, internalize os avanços que outros órgãos no globo e mesmo no sistema regional interamericano já alcançaram de modo a frear os contra-ataques ao combate à corrupção, repousando a esperança de um judiciário sério e comprometido com o ordenamento como um todo no fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTONIAZZI, Mariela. Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos. In: TABLANTE, C.; MARIELA, M. (Eds.). **Impacto de la corrupción en los derechos humanos**. Mexico: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

BBC NEWS. **OCDE adota medida inédita contra o Brasil após sinais de retrocesso no combate à corrupção no país**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56406033>. Acesso em: 13 de jan de 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de nov de 2022

_____. **Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção [...]. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 9 de jun 7de 2023

_____. **Decreto 3678 de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 9 de jun de 2023

_____. **Decreto 4.410, de 07 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em 15 de dez de 2022

_____. **Decreto Legislativo n.º 348 de 2005**. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-norma-pl.html>. Acesso em: 05 de dez de 2020

_____. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 23 de mar de 2023

_____. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa [...]. Brasília, DF.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 14 de fev 2022

____. **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. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 14 de fev de 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Calculando custos prisionais**: panorama nacional e avanços necessários. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/calculando-custos-prisionais-panorama-nacional-e-avancos-necessarios.pdf>. Acesso em: 12 de jun de 2021

____. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>. Acesso em: 23 de jun de 2021

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.720.000/TO**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 12/2/2019, DJe 6/3/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 87585**, Relator MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237.

____ **ARE 843989** RG, Relator ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2022 PUBLIC 04-03-2022.

____. **RE 466343**, Relator CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

____. **RE 976566**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019.

____. **RE 966177 RG-QO**, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, DJe 01/02/2019.

BRÍGIDO, Carolina; LEALI, Francisco. **Esquema do mensalão desviou pelo menos R\$ 101 milhões**: laudo da Polícia Federal confirma uso de dinheiro público pelo esquema. Publicado em 29/07/22. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/politica/esquema-do-mensalao-desviou-pelo-menos-101-milhoes-5618857>. Acesso em: 22 de mar de 2021

CASA DO SABER, **O funcionamento do patrimonialismo brasileiro**. Paulo Niccoli Ramirez. Youtube, 17 de jun 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=idKTIQh3IR8>. Acesso em: 22 de mar de 2023

CAMPANTE, Rubens Goyatá. **Patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira**. Scielo, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582003000100005>. Acesso em: 7 de jun de 2021

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Penal sobre Corrupção**. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-penal-sobre-corrupcao-do-conselho-da-europa-19>. Acesso em: 28 de jun de 2022

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portal da Transparência**. 2022. Disponível em: <https://portal.datransparencia.gov.br/funcoes/17-saneamento?ano=2022>. Acesso em: 19 de jun de 2023

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Comisión interamericana de derechos humanos. **Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019. OEA, 2019.

_____. **Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala**. Sentencia De 9 De Marzo De 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José: 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf. Acesso em: 05 de abr de 2023

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro**. 1ª edição. São Paulo Companhia das Letras, 2021.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala: a formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

FUINI, Pedro. **Proclamação da República**. Publicado em 15/11/2022. Disponível em: <https://www.fflch.usp.br/40805>. 05 de abr de 2023

GLOBO, O. **Guatemala expulsa Comissão das Nações Unidas do país**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/guatemala-expulsa-comissao-das-nacoes-unidas-do-pais-23354261>. 14 de fev de 2023

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Jesse Souza e “a elite do atraso”**, Consultor jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-30/embargos-culturais-jesse-souza-elite-atraso>. Acesso em 28 de abr de 2023

GOMES, Luiz Flávio, MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais: Valor Legal, Supralegal, Constitucional ou Supraconstitucional?** Revista do Direito, Vol XII, nº 15, Ano 2009. Anhanguera educacional, p. 7-20. Disponível em: <https://www.mpam.mp.br/images/stories/895-2623-3-PB1.pdf>. Acesso em: 30 de jul de 2023

HEEMAN, Thimotie Aragon. **O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público.** Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Disponível em: [https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Thimotie_Heemann - O exercicio do controle de convencionalidade.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Thimotie_Heemann_-_O_exercicio_do_controle_de_convencionalidade.pdf). Acesso em: 15 de mai de 2023

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **A proibição do retrocesso e o efeito “cliquet” dos direitos fundamentais.** Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em 26 de jul de 2022

LARANJA, Anselmo Laghi. e FRANCO, Sebastião Pimentel. **O público, o privado e o Estado no Brasil.** Revista Ágora. Vitória, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/agora/article/download/1880/1392/3020>. Acesso em 08 de fev de 2023

LIMA, L. V. de A.; RUFINO, M. A.; LEITE FILHO, P. A. M.; MACHADO, M. R. **Corrupção e as rodas do desempenho no Mercosul.** Contabilidade Vista & Revista, [S. l.], v. 32, n. 1, p. 247-265, 2021. Acesso em 02 de abr 2021

MACEDO, Fausto; BRANDT, Ricardo; AFFONSO, Julia. **Novo laudo aponta R\$ 42 bilhões de rombo na Petrobras:** o valor estimado anteriormente era de R\$ 20 bilhões. Exame.com. Publicado em 12/11/2015. Disponível em: <https://exame.com/negocios/novo-laudo-aponta-r-42-bilhoes-de-rombo-na-petrobras/>. Acesso em: 15 de mai de 2021

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence>. Acesso em: 22 de nov de 2022

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; ANDRADE, Landolfo. **O status normativo das convenções de combate à corrupção.** Conjur: 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-22/andrade-mazzuoli-convencoes-combate-corruptao>. Acesso em: 08 de jul de 2023

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES. **Governo Federal anuncia reajuste de bolsas do CNPq e da CAPES:** reajuste vai de 25% a 200% e melhora renda de 258 mil bolsistas atendidos pelas duas agências do Governo Federal. Publicado em 16/02/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cnpq/pt-br/assuntos/noticias/cnpq-em-acao/governo-federal-anuncia-reajuste-de-bolsas-do-cnpq-e-da-capes>. Acesso em: 22 de mar de 2021

MORAIS, Roniclay Alves de. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e Poder Judiciário Tocantinense:** internalização da jurisprudência da Corte como forma de aplicação dos direitos humanos e conhecimento dos tratados internacionais. / Roniclay Alves de Moraes. Palmas, TO, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/337/1/Roniclay%20Alves%20de%20Moraes%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 16 de ago de 2023

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental a boa administração pública.** Belo Horizonte: Forum, 2013.

NAÇÕES UNIDAS, Organização das. **Objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 22 de mar de 2021

NAÇÕES UNIDAS, Organização das. **Convenção das Nações Unidas contra Corrupção.** Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 4 de mar de 2022

NAÇÕES UNIDAS, Organização das. **ONU elogia “contribuição decisiva” da Comissão Internacional contra impunidade na Guatemala.** 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1685562>. Acesso em: 18 de nov de 2021

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **A OCDE e o Brasil:** uma relação mutuamente benéfica. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/countries/brazil/brasil.htm>. Acesso em: 16 de ago de 2023

_____. **Avaliação da OCDE sobre o sistema de integridade da administração pública federal brasileira:** gerenciando riscos por uma administração pública mais íntegra. 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>. Acesso em: 15 de mar de 2021

_____. **Diretrizes da OCDE sobre governança corporativa para empresas de controle estatal.** Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42524177.pdf>. Acesso em: 22 de mar de 2021

_____. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública.** Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 7 de jul de 2021

PETERS, Anne. **Corruption and human rights** (September 2015). Basel Institute on Governance Working Paper No. 20, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2635443> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2635443>. Acesso em: 15 de fev de 2022

PIOVESAN, F. et al. La corrupción y los derechos humanos en Brasil. In: TABLANTE, C.; MARIELA, M. (Eds.). **Impacto de la corrupción en los derechos humanos**. Mexico: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Controladoria Geral da União**. 2022. Disponível em: <https://portal.datransparencia.gov.br/funcoes/17-saneamento?ano=2022>. Acesso em: 25 de jan de 2023

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Defying Exclusion**: stories and insights on the links between discrimination and corruption. 2021. Disponível em: https://files.transparencycdn.org/images/TI-ERT_Defying-Exclusion_web-accessible-v2.pdf. Acesso em: 14 de jun de 2023

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SECOM. **Superfaturamento nas tubovias da Refinaria Abreu e Lima ultrapassa R\$ 960 milhões**: TCU decretou a indisponibilidade de bens dos envolvidos na irregularidade. Em 2016, o Tribunal já havia indicado sobrepreço no valor de R\$ 689 milhões, o que equivale a 19,4% do valor total do contrato. Publicado em 19/12/2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/superfaturamento-nas-tubovias-da-refinaria-abreu-e-lima-ultrapassa-r-960-milhoes.htm>. Acesso em: 22 de mar de 2021

TOCANTINS, Tribunal de Justiça do. **Recomendação Nº 01/2017/CGJUS/TO**. Dispõe sobre a observância dos tratados de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/1132>. Acesso em: 16 de ago de 2023

Apêndice 1

PROPOSTA DE INTERVENÇÃO: Minuta de Recomendação da Corregedoria do Ministério Público do Estado do Tocantins destinada aos Promotores atuantes na área da Defesa do Patrimônio Público para que, realizando Controle de Convencionalidade em face da Convenção de Mérida, não apliquem prazos de prescrição reduzidos ou prescrição intercorrente trazidos pelas alterações da Lei Nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 e, se for o caso, recorram das decisões judiciais que reconhecerem validade ao novo sistema prescricional



CORREGEDORIA-GERAL

RECOMENDAÇÃO Nº ____/2023

Dispõe sobre a atuação dos Promotores de Justiça que atuam no patrimônio público em face da alteração do regime prescricional trazida pela lei 14.230/2021.

O CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso IV, do artigo 17 da Lei nº 8.625/93, e inciso VII, do artigo 39, da Lei Complementar Estadual nº 51/2008 e,

CONSIDERANDO que a Constituição Federal dispõe, em seu art. 129, III, que é função do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e que o art. 37 § 4º da Carta Magna estabelece a necessidade de efetiva responsabilização dos agentes que cometerem atos de improbidade administrativa;

CONSIDERANDO que a lei 14.230/2021 estabelece novo sistema prescricional que reduziu circunstancialmente a capacidade de responsabilização de agentes públicos por atos de improbidade administrativa;

CONSIDERANDO que, dentre outras inovações, foi criada a figura da prescrição intercorrente, não prevista em convenções internacionais que tratam do combate à corrupção, fundada em uma contagem de prazo prescricional durante o curso da ação de improbidade de apenas 4 (quatro) anos;

CONSIDERANDO que, em estudo apresentado no ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça¹⁰ apurou que o tempo médio de duração de uma ação de improbidade administrativa é de cerca de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses, prazo conhecido pelo Poder Legislativo federal e superior ao prazo de 4 anos de prescrição intercorrente, o que demonstra nítida intenção de aniquilar a grande maioria das ações de improbidade que vierem a serem propostas após a lei;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, quando firmou o Tema de Repercussão Geral 1199, somente decidiu questões urgentes de direito intertemporal e não exerceu controle de convencionalidade da lei 14.230/2021 em face de qualquer diploma internacional ao qual o Brasil tenha se obrigado;

CONSIDERANDO que o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada na cidade mexicana de Mérida em 09 de dezembro de 2003, internalizada por sua aprovação pelo Congresso Nacional em 18 de maio de 2005 com a edição do Decreto Legislativo 348 e, por fim, foi promulgada pela Presidência da República no Decreto 5.687, em 31 de janeiro de 2006;

CONSIDERANDO que o art. 29 da Convenção de Mérida determina que o prazo de prescrição para persecução de atos de corrupção deve ser o mais amplo possível e que o art. 5 item 1 estatui que os países que firmam a convenção se obrigam a manter em vigor políticas eficazes contra a corrupção, bem assim que o art. 30, item 3 da mesma norma expressamente limita atuação legislativa a fim de permitir somente alterações que tenham por objetivo a *máxima eficácia* das medidas de combate à corrupção;

CONSIDERANDO que os Objetivos para Desenvolvimento Sustentável (ODS) propostos pela Organização das Nações Unidas no item 16 trata

¹⁰ Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, pag. 18. < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf> > acesso em 19 de março de 2023

do tema “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”, elenca especificamente o item “16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas”, e também o item “16.6 Desenvolver instituições eficazes e transparentes em todos os níveis” e, ainda, no item “16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e acordos internacionais”, o que mostra uma preocupação da Organização das Nações Unidas focada no combate à corrupção;

CONSIDERANDO a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Ramirez Escobar y Otros vs Guatemala* decidiu que *“este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y o los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute en toda la sociedad, en la orden democrática y el estado de derecho”* afirmando ainda que *“La Corte recuerda que los Estados Deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción”* firmando a posição, assim, de que corrupção é violadora de direitos humanos;

CONSIDERANDO que os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil em matéria de direitos humanos gozam de *status supralegal*, nos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 87.585-TO e RE 466.343-SP;

CONSIDERANDO que o controle de convencionalidade de normas pode e dever ser suscitado pelo Ministério Público de forma difusa e em caráter incidental criando, assim, para qualquer juiz em qualquer grau de jurisdição o dever de analisar a adequação de normas internas em face de convenções e tratados internacionais firmados e internalizados pelo Brasil, garantindo-lhes, assim, juridicidade e eficácia no âmbito interno;

CONSIDERANDO que o novo regime prescricional estabelecido pelos artigos 23 a 23-C da Lei 8.429/92, com redação dada pela lei 14.230/2021, prevê uma alteração do termo inicial de contagem da prescrição, criação da prescrição intercorrente na improbidade administrativa e redução pela metade do prazo de prescrição após proposta ação, em afronta direta à ordem de prazo amplo estabelecida no art. 29 da Convenção de Mérida, norma de hierarquia superior (*supralegal*), deve, portanto, nesse ponto, a lei 14.230/2021 ser considerada inconvenção;

RECOMENDA a todos os membros do Ministério Público do Estado do Tocantins, com atribuições especializadas ou não no patrimônio público, que, nos procedimentos extrajudiciais sob sua responsabilidade e nos processos judiciais em que atuar, sempre que suscitada ou antevista a incidência da prescrição da improbidade nos novos moldes trazidos pela lei 14.230/2021 que realizem e/ou suscitem controle de convencionalidade da norma em face da Convenção de Mérida, reconhecendo a esta última *status supralegal*;

RECOMENDA, ainda, a todos os membros do Ministério Público do Estado do Tocantins que caso o Poder Judiciário aplique as alterações trazidas pela lei 14.230/2021 em desfavor do proteção ao patrimônio público sem enfrentar o suscitado controle de convencionalidade, que oponham embargos de declaração e, se necessário, recorra às instâncias superiores para que o Poder Judiciário tocanrinense seja compelido a realizar controle de convencionalidade a fim de garantir juridicidade e eficácia aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

COMUNIQUE-SE. PUBLIQUE-SE. CUMPRA-SE.

Palmas, ____de ____de 2023.

MOACIR CAMARGO DE OLIVEIRA

Corregedor-Geral

Apêndice 2

PROPOSTA DE INTERVENÇÃO: Minuta de Enunciado do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Tocantins destinada aos Promotores atuantes na área da Defesa do Patrimônio Público para que, realizando Controle de Convencionalidade em face da Convenção de Mérida, não apliquem prazos de prescrição reduzidos ou prescrição intercorrente trazidos pelas alterações da Lei Nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

Exposição de motivos para propostas de novos enunciados

A lei 14.230/2021, publicada em 25 de outubro de 2021, promoveu muitas alterações na Lei 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa. A Nova lei nasceu envolta em uma aura de desconfiança social ante um possível plano de fundo de reação do sistema político contra a responsabilização de ocupantes de cargos eletivos por atos de improbidades.

A efervescência das discussões redundou em vários debates no âmbito da academia e da doutrina. Assuntos como a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de pontos da lei, aplicabilidade das alterações nas tipologias para Inquéritos Cíveis em curso, permanência do dolo como genérico ou nova exigência sempre de específico para configuração da improbidade, dentre outros foram recorrentes.

Juizes já haviam começado a aplicar alterações de modo a arquivarem centenas de ações de improbidade e, em meio a essa ebulição, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Tocantins em sua 235ª Sessão Ordinária, em 18 de abril de 2022, decidiu assentar institucionalmente pontos importantes sobre a nova lei, em especial, no que diz respeito ao direito intertemporal.

O Supremo Tribunal Federal, ante a gravidade da enxurrada de arquivamentos promovidas por juizes dos mais diferentes âmbitos de justiça com

competência em improbidade administrativa, assentou questões de direito intertemporal no Tema em Repercussão Geral n. 1199, cujo acórdão foi publicado em seu inteiro teor apenas em 12 de dezembro de 2012.

Ocorre que, como dito, a Corte Suprema centrou-se na aplicabilidade da nova sistemática ante a sucessão de leis, garantia de segurança jurídica e direito intertemporal, não se concentrando em analisar a convencionalidade ou constitucionalidade da norma.

Dois pontos dignos de nota. O primeiro é que o posicionamento do Supremo foi importante para conter a limpeza de gavetas sem compromisso com a probidade promovida por algumas varas. O segundo é que os enunciados aprovados por este Conselho Superior do Ministério Público em grande parte foram contemplados pelo julgamento da Corte Constitucional no Tema 1199, em especial a irretroatividade da lei.

O fato é que após esse primeiro momento de contenção de danos e de arquivamentos em lotes de ações de improbidade, em especial pelo fato de aplicações retroativas de prescrições intercorrentes, outros estudos foram realizados e outras reflexões começaram eclodir.

É nesse quadro de coisas que os estudos deste Promotor de Justiça no programa de pós graduação *strictu sensu* do mestrado profissional e interdisciplinar em prestação jurisdicional e direitos humanos promovido pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) em conjunto com a Universidade Federal do Tocantins (UFT) tem indicado a necessidade de, como instituição, o Ministério Público fomentar o controle de convencionalidade da lei 14.230/2021 em face da Convenção de Mérida de modo a garantir juridicidade dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de combate à corrupção não somente esquecidos, mas diretamente golpeados pelo legislador ordinário na reforma de 2021, em especial, no que trata do assunto prescrição.

Proposta 1:

ENUNCIADO CSMP N. XX/XXXX – A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), internalizada pelo Congresso Nacional em 18 de maio de 2005 com a edição do

Decreto Legislativo 348 e promulgada pela Presidência da República no Decreto 5.687, em 31 de janeiro de 2006, é tratado internacional de direitos humanos e tem *status supralegal*, pois a corrupção é violadora de direitos humanos, conforme decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Ramírez Escobar y Otros vs Guatemala*.

Justificativa:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem externado preocupação com a relação entre corrupção e direitos humanos, com especial enfoque na corrosão da democracia e seus reflexos sobre a população mais vulnerável.

Precedentes desde o início dos anos 2000 já indicavam nesse sentido, como foi a análise de uma tentativa de golpe de Estado no ano 2000 no Paraguai¹¹ e do caso *Lopez Mendoza vs Venezuela*¹², entretanto, o primeiro precedente em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos abordou diretamente como os direitos humanos são violados pela corrupção certamente foi o caso *Ramírez Escobar y Otros vs Guatemala*¹³ onde enfrentou expressamente a questão da corrupção e direitos humanos fazendo consignar que:

240 Además, la Corte reitera que estas adopciones se dieron en el marco de un contexto en el cual la debilidad institucional y la flexibilidad normativa facilitó la formación de redes y estructuras de delincuencia organizada dedicadas al negocio de las adopciones irregulares (supra párrs. 61 a 71 y 145). Como fue resaltado por varios peritos ante esta Corte y por la CICIG [Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala] las adopciones no respondían al interés superior del niño , sino que casas de abrigo, notarios y autoridades judiciales respondían en gran medida a intereses económicos. Además, este Tribunal destaca cómo estas redes de adopciones ilegales engranadas dentro de las estructuras del Estado no

11 CIDH. Comisión interamericana de derechos humanos. Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019. OEA, 2019, pag. 34.

12 Por otra parte, este Tribunal considera que la lucha contra la corrupción es de suma importancia y tendrá presente esa circunstancia cuando se le presente un caso en que deba pronunciarse al respecto

13 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala . Sentencia De 9 De Marzo De 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José: 2018. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

solo aprovecharon de las debilidades institucionales y legales del Estado guatemalteco sino también de la situación de la vulnerabilidad de las madres y familias viviendo situación de pobreza en Guatemala.

241 Al respecto, este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y o los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute en toda la sociedad, en la orden democrático y el estado de derecho. En este sentido, la Convención Interamericana Contra la Corrupción establece en su preámbulo que “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

242 La Corte recuerda que los Estados Deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción. No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto. La Corte destaca que las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento. En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo o en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos.[pags 80/81]

Trata-se de forte precedente a ser utilizado tanto pela Corte quanto pela Comissão em outros casos que envolvem corrupção.

Consolidada essa visão da Corte Interamericana necessário ressaltar que no Brasil tratados internacionais em matéria de direitos humanos não aprovados no rito do art. 5º § 3º da Constituição, que lhes garantiriam *status* de emenda constitucional, gozam, entretanto, de *status supralegal*, nos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 87.585-TO e RE 466.343-SP.

Proposta 2:

ENUNCIADO CSMP N. XX/XXXX – O novo sistema prescricional da improbidade administrativa criado pela lei 14.230/2021, ao reduzir o prazo, seja antecipando o termo inicial, seja criando prescrição intercorrente com prazo reduzido pela metade, afronta diretamente a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), ao menos, em seu artigo 1 item "a"; artigo 3 itens 2 e 3; artigo 5, item 1 e 2; artigo 7, item 4; artigo 29 e artigo 30, itens 2 e 3, pois o legislador não atuou para garantir a máxima eficácia do combate à corrupção afrontando, ainda, a ordem de estabelecimento de um prazo máximo para persecução do ilícito;

Justificativa

A partir da nova lei, assim passou a ser lido o art. 23 da Lei 8.429/1992:

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.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

[...]

§ 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.

No *caput* do art. 23 o prazo prescricional sobe de 5 anos para 8 anos, mudança em si positiva e que bem garantiria a proteção do patrimônio público e desincentivaria a prática de atos ímprobos. Entretanto, a lei não para por aí.

Ainda no *caput* do art. 23, prevê-se agora o início da contagem do prazo prescricional desde o cometimento do ato ou, caso se trate de infração permanente, desde a data da cessação da conduta, abandonando o vetor axiológico da viabilidade investigativa.

Veja-se o perigo da alteração na mudança do termo inicial de contagem de prazo, pois no caso de ocupantes de cargos do Poder Executivo, caso haja reeleição, a improbidade cometida no primeiro dia do primeiro mandato prescreve justamente no fim do último mandato, de forma que o fato, em geral, pode nunca ter chegado ao conhecimento do Tribunal de Contas ou do Ministério Público justamente por pressões internas do ímprobo, entretanto, para efeitos da lei, já há contagem do tempo de prescrição.

A situação ainda é pior se for levar em conta os mandatos para o Poder Legislativo, sim, pois nesses casos, ao contrário da limitação de apenas uma reeleição que tem o Poder Executivo, o agente pode se reeleger quantas vezes conseguir. Nesses casos em havendo 3 ou 4 mandatos consecutivo é quase a certeza de impunidade das improbidades cometidas no primeiro e segundo mandatos.

A jurisprudência antes das alterações, considerando os valores axiológicos do sistema anterior de prescrição, já estava assente que o início do prazo seria a partir do final do último mandato exercido, situação que, com a

redação da nova lei, deve-se alterar uma vez que o legislador nitidamente mudou o vetor axiológico, passando a privilegiar o ímprobo.

O novo §5º do art. 23 inova ao determinar a redução do prazo prescricional na metade (4 anos) após a primeira interrupção com a propositura da ação.

Por fim, o que merece relevo para esta análise, é a previsão do §8º do art. 23 que determina o reconhecimento da prescrição intercorrente se, entre as balizas do §4º, decorrer mais que o prazo reduzido do §5º (4 anos).

Veja-se, de início, que o §5º, reduziu o prazo prescricional apontado no *caput* pela metade, de modo que para o reconhecimento da prescrição intercorrente no âmbito da ação de improbidade administrativa, basta o transcurso do prazo de 4 anos.

Os marcos interruptivos da prescrição referidos nos incisos II a V do §4º, dizem respeito apenas a publicações de decisão de procedência ou a decisões e acórdãos que confirmam sentença ou acórdão de procedência ou reformam sentença ou acórdão de improcedência.

Desse modo, a publicação de sentença de improcedência, ou daquelas decisões que confirmam sentença ou acórdão de improcedência ou que reformam sentença ou acórdão de procedência não tem efeito interruptivo do prazo prescricional.

Não é desarrazoado que as ações de improbidade administrativa demandem maior tempo de tramitação. Tal ocorre por questões inerentes à sua própria natureza e complexidade, como a inclusão de vários réus no polo passivo e a produção probatória dificultosa, já que pode envolver a realização de perícias complexas, a análise de grande volume de documentos, além da quebra e a posterior análise de sigilos fiscal e bancário. Isso sem falar da possibilidade da utilização de prova emprestada produzida em processo penal, como a interceptação telefônica, que exige aprofundada análise.

O exíguo prazo de 4 (quatro) anos para o processamento de ação de improbidade administrativa em caso complexo e obtenção de sentença de procedência (a publicação de sentença de improcedência não interrompe o prazo) transitada em julgado é impraticável.

E isso quem diz são os números do próprio Conselho Nacional de Justiça. Levantamento do CNJ do ano de 2015 mostra que o tempo médio de duração das ações de improbidade no Brasil é de 1.548,63 dias¹⁴, ou seja, cerca de 4 anos e 3 meses.

Trata-se de um dado oficial divulgado anteriormente à nova lei, de modo que o legislador propositalmente estabeleceu 4 anos para prescrição como prazo pouco menor que a duração média das ações justamente para que a imensa maioria das condutas ímprobas passassem a prescrever fazendo valer a pena apropriação do patrimônio público pelo particular, uma alteração dolosamente direcionada para privilegiar o agente ímprobo.

A opção legislativa resultará que apenas as ações que envolvam práticas singelas de improbidade, por servidores do baixo escalão, serão julgadas no diminuto prazo concedido.

Some-se a isso a regra prevista no inciso II do §10-F do art. 17, segundo a qual “será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que condenar o requerido sem a produção das provas por ele tempestivamente especificadas.”

Com isso, referenda-se a prática de requerer a produção de diversas provas irrelevantes e descabidas com o objetivo de protelar a instrução, o que a partir da interpretação dada à nova lei será deferida sob o argumento de se evitar futura nulidade.

Bastaria, assim, postular-se a oitiva de testemunha em outro país para praticamente se garantir o reconhecimento prescrição intercorrente, dada a sabida demora na expedição e cumprimento das cartas rogatórias.

Com tais regras, portanto, é certo que demanda da natureza de uma ação de improbidade administrativa, com toda a complexidade que lhe é peculiar, dificilmente escape do alcance de tal instituto, aniquilando-se, assim, a garantia constitucional de se ver apreciada pelo Poder Judiciário a lesão à moralidade administrativa.

14 Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, pag. 18. < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf> > acesso em 19 de março de 2023

Para fixação das regras processuais, caberia ao legislador realizar a ponderação entre o direito à razoável duração do processo e o direito fundamental à probidade na administração pública, a fim de definir prazo razoável e possível de ser atendido.

No entanto, da forma como foi estatuída a prescrição intercorrente pela Lei 14.230/2021 o direito fundamental à tutela jurisdicional foi violado diante do estabelecimento de prazo exíguo e inexecutável para a realidade judiciária brasileira.

Em suma, a redução desarrazoada do prazo da prescrição intercorrente (de 8 para 4 anos), principalmente quando aliada aos marcos interruptivos da forma como previstos, representam ofensa direta aos direitos fundamentais.

Esses dispositivos combinados acabaram por vulnerar o sistema de punição por atos ímprobos, tornando a corrupção o objeto de proteção e não mais a probidade administrativa.

Não somente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas a própria Organização das Nações Unidas também tem reconhecido e sobressaltado a necessidade de combater a corrupção como condição para desenvolvimento dos povos. Os Objetivos para Desenvolvimento Sustentável (ODS) propostos pela ONU no item 16 trata do tema “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”, elenca especificamente o item “16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas”, e também o item “16.6 Desenvolver instituições eficazes e transparentes em todos os níveis” e, ainda, no item “16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e acordos internacionais”, o que mostra uma preocupação da Organização das Nações Unidas focada no combate à corrupção.

A entidade supranacional em questão, inclusive, tem em suas normas a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada na cidade mexicana de Mérida em 09 de dezembro de 2003, internalizada no Brasil por sua aprovação pelo Congresso Nacional em 18 de maio de 2005 com a edição do Decreto Legislativo 348 e, por fim, foi promulgada pela Presidência da República no Decreto 5.687, em 31 de janeiro de 2006.

Alguns dispositivos da Convenção merecem ser destacados:

Artigo 1

Finalidade

A finalidade da presente Convenção é:

- a) Promover e **fortalecer** as medidas para prevenir e **combater mais eficaz e eficientemente a corrupção**;
- b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;
- c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Artigo 3

Âmbito de aplicação

1. A presente Convenção se aplicará, de conformidade com suas disposições, à prevenção, à investigação e à **instrução judicial da corrupção** e do embargo preventivo, da apreensão, do confisco e da **restituição do produto de delitos identificados de acordo com a presente Convenção**.
2. Para a aplicação da presente Convenção, a menos que contenha uma disposição em contrário, **não será necessário que os delitos enunciados nela produzam dano ou prejuízo patrimonial ao Estado**.

Artigo 5

Políticas e práticas de prevenção da corrupção

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou **manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção** que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.
2. Cada Estado Parte procurará **estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção**.
3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.
4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as organizações internacionais e regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender

a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção.

Artigo 7

Setor Público

1. Cada Estado Parte, quando for apropriado e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, procurará adotar sistemas de convocação, contratação, retenção, promoção e aposentadoria de funcionários públicos e, quando proceder, de outros funcionários públicos não empossados, ou manter e fortalecer tais sistemas. Estes:

- a) Estarão baseados em princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão;
- b) Inclirão procedimentos adequados de seleção e formação dos titulares de cargos públicos que se considerem especialmente vulneráveis à corrupção, assim como, quando proceder, a rotação dessas pessoas em outros cargos;
- c) Fomentarão uma remuneração adequada e escalas de soldo equitativas, tendo em conta o nível de desenvolvimento econômico do Estado Parte;
- d) Promoverão programas de formação e capacitação que lhes permitam cumprir os requisitos de desempenho correto, honroso e devido de suas funções e lhes proporcionem capacitação especializada e apropriada para que sejam mais conscientes dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho de suas funções. Tais programas poderão fazer referência a códigos ou normas de conduta nas esferas pertinentes.

2. Cada Estado Parte considerará também a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a fim de estabelecer critérios para a candidatura e eleição a cargos públicos.

3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos.

4. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses, ou a manter e fortalecer tais sistemas.

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 tenha evadido da administração da justiça.**

Artigo 30

Processo, sentença e sanções

2. **Cada Estado Parte adotará as medidas** que sejam necessárias para estabelecer ou manter, em conformidade com seu ordenamento jurídico e seus princípios constitucionais, **um equilíbrio apropriado entre quaisquer imunidades ou prerrogativas** jurisdicionais outorgadas a seus funcionários públicos para o cumprimento de suas funções e a possibilidade, se necessário, de proceder efetivamente à investigação, ao indiciamento e à sentença dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado Parte velará para que se exerçam quaisquer faculdades legais discricionárias de **que disponham conforme sua legislação interna** em relação ao indiciamento de pessoas pelos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção **a fim de dar MÁXIMA EFICÁCIA às medidas adotadas para fazer cumprir a lei** a respeito desses delitos, tendo devidamente em conta a necessidade de preveni-los.

Dos dispositivos citados, cabe frisar que o artigo 29 da Convenção de Mérida determina que o prazo de prescrição para persecução de atos de corrupção deve ser o mais amplo possível. O artigo 5 item 1 do mesmo diploma estatui que os países que firmam a convenção se obrigam a manter em vigor políticas eficazes contra a corrupção, não fosse suficiente, o artigo 30, item 3 da mesma norma expressamente limita atuação legislativa a fim de permitir somente alterações que tenham por objetivo a *máxima eficácia* das medidas de combate à corrupção.

O novo sistema prescricional estabelecido pela lei 14230/2021 foi editado em completa afronta os princípios, objetivos e as prescrições da Convenção de Mérida, de forma que se insurge contra norma de hierarquia superior (lei ordinária X norma *supralegal*) devendo, assim, ter sua validade negada em controle de convencionalidade.

Proposta 3:

ENUNCIADO CSMP N. XX/XXXX – Realizado o controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público nos procedimentos extrajudiciais ou em juízo a seu requerimento e afastada a alteração do sistema de prescrição implementado lei 14.230/2021 fica ripristinado o regime anterior, sob pena de a conjugação dos regimes criar uma terceira sistemática sem aprovação do Poder Legislativo.

Justificativa

A Lei 14.230/2021 ao ferir de tal modo e em tantos pontos a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção mostra uma nítida vontade do Poder Legislativo, que gestou a norma, e do Poder Executivo, que sancionou-a, em inutilizar o combate à improbidade administrativa no Brasil que alternativa não há senão reclamar a atuação do Poder Judiciário no controle de convencionalidade.

Acerca do controle de convencionalidade, Thimotie Aragon Heemann¹⁵ explica que:

Em virtude do seu caráter alográfico¹⁶, o direito passa atualmente por um estágio de *convencionalização*, no qual se busca interpretar as normas domésticas à luz dos tratados internacionais¹⁷. É a partir desta perspectiva que surge o chamado controle de convencionalidade, definido pela doutrina como “a *análise da compatibilidade dos atos normativos internos (comissivos ou omissivos) em face*

15 O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público. Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Disponível em https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Thimotie_Heemann_-_O_exercicio_do_controle_de_convencionalidade.pdf Acesso em 19 de março de 2023.

16 *Nota do autor*: O direito é alográfico porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador; afinal, a completude do texto somente é alcançada no momento em que o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Sobre o caráter alográfico do direito, ver GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes. A interpretação do direito e dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38-39.

17 *Nota do autor*: A impossibilidade de se decretar a prisão do depositário infiel com base nas normas internacionais de direitos humanos materializa o fenômeno da *convencionalização do direito*. Para um maior aprofundamento sobre este tema, ver CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. *Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas*. Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul./dez. 2015.

*das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes das organizações internacionais*¹⁸”.

A expressão “controle de convencionalidade” surgiu pela primeira vez na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*; todavia, foi a partir do caso *Arellano Almonacid vs. Chile* que o tribunal interamericano inaugurou formalmente a “doutrina do controle de convencionalidade”¹⁹, que logo em seguida passaria a ser reconhecida e utilizada pelos tribunais superiores do Estado brasileiro²⁰. Grifo original

É certo que o controle de convencionalidade de normas, ao exigir a compatibilidade de normas de documentos internacionais com as normas internas, deve ser exercido não só na via concentrada, mas também é dever de qualquer juiz, em controle difuso de convencionalidade, se necessário, afastar a norma interna inconveniente.

Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante

18 Nota do Autor: CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

19 Nota do Autor: “A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano. Exceções preliminares, mérito, reparações custas, § 126)

20 Nota do Autor: “A realidade pretoriana vem sendo, progressivamente, alterada, mas a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ora examinada é uma demonstração de como estamos ainda distantes de internalizar a regra do controle de convencionalidade, que há de caminhar *pari passu* com o controle de constitucionalidade de toda norma do direito positivo, obrigação a que se sujeita todo magistrado ou órgão jurisdicional, de qualquer grau ou instância” (STJ, REsp 1.351.177/PR, Voto do Min. Relator Rogério Schietti).

(para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. (JAYME, 1995, p. 259)²¹

Nesse ponto se impõe rememorar que ao se considerar a probidade administrativa como um direito fundamental, como realmente deve ser considerado, o *status* normativo da Convenção de Mérida é de norma *supralegal*, portanto, acima da legislação ordinária e complementar e abaixo apenas da Constituição.

Importante essa observação porque cria-se uma hierarquia que impede a validade da norma alteradora sob o argumento da solução de conflitos pela *lex posterior derogat legi priori*, afinal, a lei posterior somente revoga a anterior se aquela for da mesma estatura hierárquica ou de estatura superior.

A hierarquia das normas precede os aparentes conflitos resolvidos com critérios como cronológico e especialidade.

Em sendo a Convenção de Mérida norma *supralegal*, somente alterações na própria Carta Magna poderiam contrariar suas disposições.

A exemplo de outras situações em que o Supremo Tribunal Federal invocou o *status supralegal* de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, houve o célebre caso da prisão civil do depositário, o da exigência de diploma de curso superior para exercício da profissão de jornalista e a previsão da garantia de audiência de custódia para as prisões em flagrante.

Em todas essas situações as normas de caráter infraconstitucional que contrariassem as disposições convencionais perderam eficácia frente sua hierarquia inferior.

Se onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito, ao se constatar que os dispositivos da Lei 14.230/2021 que trataram da prescrição, em especial o início da contagem a partir do fato e não da cessação do mandato, balizas prescricionais após a propositura da ação, redução pela metade do prazo após a propositura e a prescrição intercorrente, perdem sua validade por afrontarem norma superior.

Nestes termos, as alterações no sistema de prescrição operadas pela Lei 14.230/2021 não subsistem a confrontação com a Convenção das Nações

21 <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence>

Unidas contra a Corrupção que, por se tratar de norma *supralegal*, deve prevalecer no controle de convencionalidade.

No âmbito do Poder Judiciário tocantinense, não diferente do resto do Brasil, futuras ações de improbidade, ressalvadas as questões já firmadas no Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal, hão de se deparar com o novo sistema de prescrição, um sistema que não atende à realidade do Poder Judiciário brasileiro e que configura afronta aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil perante a Organização das Nações Unidas com a assinatura e ratificação da Convenção de Mérida.

Nesse passo e também atentando ao fato de que o controle de convencionalidade ainda tem sido, de fato, mais um arcabouço teórico do que uma realidade do cotidiano dos juízes, opção não resta aos atores dos processos senão suscitar a tutela jurisdicional cada vez mais com base em Tratados Internacionais de Direitos Humanos quando o caso assim o exigir.

Veja-se que o item 4 do Tema 1.199 determina que os novos marcos temporais para contagem prescricional, inclusive intercorrente, devem ser contados da publicação da Lei 14.230/2021. Ora, com essa parte final, o STF abre o flanco para que as ações que não tiverem interrupções por condenações ou confirmações de condenações até 2025 venham a, ante a aplicação da nova lei, sofrer a ação da prescrição intercorrente.

Verificando os atores dos processos de improbidade nota-se que no polo passivo há o réu, ávido pelo reconhecimento – o quanto antes – da prescrição. No polo ativo pode encontra-se, em alguns casos, as Fazendas Públicas²² que na maioria dos Municípios, não contam com a boa estrutura que tem órgãos como a Advocacia-Geral da União ou as Procuradorias dos Estados, mas, na maioria das vezes, o polo ativo é o *locus do Ministério Público*.

²² A Lei 14.230/2021 chegou a alterar o art. 17 da Lei 8.429/1992 para retirar a legitimidade concorrente do *Parquet* coma Fazenda Pública lesada e prever legitimação exclusiva para o Ministério Público na propositura da Ação de Improbidade chegando a criar no art. 3º do corpo da Lei 14.230/2021 um prazo de 1 ano para que o Ministério Público assumisse ou não o polo ativo das Ações de Improbidade em curso propostas pelos entes lesados, inclusive em grau recursal. Entretanto, liminares na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7042 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7043 suspenderam tanto o novo art. 17 da Lei 8.429/1992 quanto o art. 3º da Lei 14.230/2021, por entender que a nova lei instituía uma exclusividade não prevista na Constituição Federal de modo que atualmente o regime continua sendo de legitimação concorrente.

Nessa quadra que faz relevar a necessidade de atuação firme do órgão de execução ministerial para que inste o juiz a reconhecer o *status* supralegal da Convenção de Mérida e realizar o controle de convencionalidade de forma a negar validade ao novo sistema de contagem de prazos prescricionais na improbidade administrativa.

Por fim, devem ser aplicadas às declarações de inconvencionalidade os mesmos *efeitos repristinatórios* que caberiam no caso de declaração de inconstitucionalidade.

Isso porque uma norma alteradora que nasce em dissonância com norma superior é natimorta, não surtindo quaisquer de seus efeitos, seja se o confronto for entre norma legal e norma constitucional ou entre norma legal e norma supralegal. A infringência a hierarquia implica na necessidade de manutenção do regime anterior até que norma consentânea com o ordenamento jurídico sobrevenha com alterações adequadas.

Aliás, no caso da lei 14.230/2021 isso é mais sobressalente porque o prazo prescricional de 8 anos (único ponto que em tese seria positivo para persecução da improbidade) ficou estabelecido no novo caput do art. 23.

Na redação anterior os prazos eram estabelecidos nos incisos do art. 23.

Conjugar o prazo de 8 anos com os termos iniciais antes estatuídos implicaria em criar uma norma diferente daquela prevista na redação original e diferente também da redação da lei 14.230/2021, seria criar uma verdadeira terceira lei, mas esta não aprovada pelo Poder Legislativo.

Nestes termos, até mesmo ante a técnica legislativa utilizada, impõe-se a aplicação dos efeitos repristinatórios da declaração de inconvencionalidade.

Conclusão

O Ministério Público do Estado do Tocantins já deu passos importantes com a edição dos enunciados do Conselho Superior que orientaram a atuação das Promotorias e Procuradorias de Justiça acerca da posição institucional acerca das alterações legislativas, em especial no que tange ao direito intertemporal,

e diga-se, orientação que na maior parte dos pontos indicaram desde cedo a tese que se sagraria vencedora no Tema 1.199 do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo sua vocação pioneira abre-se a oportunidade de o Ministério Público do Estado do Tocantins agora indicar a inconveniência do novo regime prescricional surgido com a Lei 14.230/2021.

Nesse passo, e seguindo a atuação já iniciada com os enunciados de 2022, o Conselho Superior do Ministério Público pode editar novos enunciados para indicar aos órgãos de execução em cada comarca a importância do controle de conveniência a ser suscitada de forma difusa perante os juízes, garantindo-se a juridicidade necessária aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção e, assim, proteger direitos humanos da população mais vulnerável.

Palmas, ____de ____de 2023.