

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ PEDRO DE SOUZA NETTO

**A RETROATIVIDADE DAS NORMAS MAIS BENÉFICAS PARA O RÉU NA
NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS NOS
PROCESSOS EM CURSO**

VITÓRIA

2022

JOSÉ PEDRO DE SOUZA NETTO

**A RETROATIVIDADE DAS NORMAS MAIS BENÉFICAS PARA O RÉU NA
NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS NOS
PROCESSOS EM CURSO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA

2022

JOSÉ PEDRO DE SOUZA NETTO

**A RETROATIVIDADE DAS NORMAS MAIS BENÉFICAS PARA O RÉU NA
NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS NOS
PROCESSOS EM CURSO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em ___ de _____ de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem (Orientador - PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira (Membro interno - PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Membro externo - FDV)

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

D278r de Souza Netto, José Pedro, 1970-
A retroatividade das normas mais benéficas para o réu na nova lei de improbidade administrativa e seus efeitos nos processos em curso / José Pedro de Souza Netto. - 2022. 124 f.

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. nova lei de improbidade administrativa. 2. nova tipologia dos atos de improbidade administrativa. 3. prescrição da ação de improbidade administrativa. 4. retroatividade benéfica para o réu em relação aos atos de improbidade administrativa. 5. novo regime de prescrição. I. Moysés Moussallem, Prof. Dr. Tárek. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

AGRADECIMENTOS

A Deus, minha base principal; até isso minha mãe me ensinou.

Com o mais profundo amor, agradeço à minha mãe verdadeira forjadora do que sou hoje. Não diminuindo a descomunal atuação de meu pai, que foi suficientemente inteligente para seguir as orientações e concepções da minha mãe. Fiz a minha parte, mas se não fosse mamãe e papai, não seria nada do que sou hoje. Aliás, devo consignar, minha mãe orientou, ou tentou orientar, todos com os quais teve contato e, aproveitou quem quis. Eu coloquei em prática, poderia tê-lo feito mais cedo e melhor se a tivesse ouvido mais. O que digo para minha filha de que o segredo da vida é obedecer a mãe. Tive a felicidade de ter uma e de ser ela.

Ao meu orientador Tárek Moysés Moussallem, que tenho o privilégio de ser chamado por ele de amigo e não tenho nem como imaginar como poderia retribuir a atenção que me foi dispensada nessa caminhada. Palavras não podem expressar o que ele é para mim e adjetivos seriam a certeza da insuficiência na sua caracterização.

Ao professor Francisco Vieira Lima Neto, incentivador ímpar nesta caminhada a quem também não tenho como expressar o meu agradecimento e estima.

Não há como deixar de enaltecer os colegas da secretaria do Mestrado representados nas pessoas de Adriele e Fernando que sempre foram extremamente pacientes sempre quando solicitados. Muito Obrigado de coração. Me acompanham desde quando me inscrevi como aluno especial.

Um agradecimento especial à minha mulher, Paula Abranches Araújo Silva e filha, Angela Abranches de Souza pela privação da minha companhia que espero, renda frutos abundantes nas suas vidas, destinatárias principais dos meus esforços.

Por fim, agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo por somarem na minha evolução acadêmica, profissional e pessoal.

RESUMO

O objetivo desta dissertação é identificar a aplicabilidade da Lei Federal nº 14.230/21, que alterou a Lei Federal nº 8.429/92, às ações de improbidade administrativa já em curso sob determinados aspectos. Tal aplicabilidade será abordada sob a ótica do parágrafo 4º do seu artigo 1º que dispõe que: “Aplicam-se ao sistema de improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Observe-se que o dispositivo legal remete à Constituição da República sendo o dispositivo Constitucional mais importante o da retroatividade benéfica das normas penais, precisamente o inciso XL que consagra a irretroatividade da Lei Penal, salvo para beneficiar o réu. A pertinência dessas considerações é a de que a jurisprudência dos tribunais superiores já aproximou o Direito Administrativo Sancionador do Direito Penal e, portanto, a novel legislação acerca da improbidade administrativa, deve ser analisada sob o prisma de que instituem uma melhora para o réu, uma conclusão já inclusive declinada no e. STF como será demonstrada. Sem embargo de outros aspectos, aqui notadamente serão analisadas os efeitos da nova tipologia dos atos de improbidade administrativa e o novo regramento prescricional e seus efeitos nos processos em curso. Isso refletirá nas inúmeras ações de improbidade administrativa já propostas no Brasil; em curso ou já transitadas em julgado. O problema especificamente é a retroatividade ou irretroatividade da nova lei e seus institutos criados, prescrição intercorrente, ou modificados, tipologia e prescrição geral, e sua consequência nos processos em curso considerando inclusive a fase em que o feito se encontra; se no conhecimento ou no cumprimento de sentença. Por óbvio, se reconhecida a irretroatividade, o feito deve ter seu curso normal. Mas se reconhecida a retroatividade da reforma, o que deve acontecer com os processos? O estudo demonstrará que a conclusão é a retroatividade norma e, nesta hipótese, o que deve ocorrer é a vista ao polo ativo da ação para, se dentro do prazo prescricional, possa aditar, adequar o pedido nos contornos do novo/ regime da improbidade administrativa. Acrescentamos um capítulo em função da Decisão do e. STF sobre o Tema 1.199.

Palavras-chave: nova lei de improbidade administrativa; nova tipologia dos atos de improbidade administrativa; prescrição da ação de improbidade administrativa; retroatividade benéfica para o réu em relação aos atos de improbidade administrativa e ao novo regime de prescrição.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to identify the applicability of Federal Law n° 14.230/21, which amended Federal Law n° 8.429/92, to administrative improbity actions already in progress under certain aspects. Such applicability will be approached from the perspective of paragraph 4 of its article 1, which provides that: “The constitutional principles of sanctioning administrative law apply to the system of improbity disciplined in this Law”. It should be noted that the legal provision refers to the Constitution of the Republic, the most important Constitutional provision being that of the beneficial retroactivity of criminal norms, precisely item XL which enshrines the non-retroactivity of the Criminal Law except to benefit the defendant. The relevance of these considerations is that the jurisprudence of the higher courts has already brought Sanctioning Administrative Law closer to Criminal Law and, therefore, the novel legislation on administrative improbity must be analyzed from the point of view that they institute an improvement for the defendant, a conclusion already even declined in e. STF as will be demonstrated. Notwithstanding other aspects, here the effects of the new typology of acts of administrative improbity and the new statute of limitations and their effects on ongoing processes will be analyzed. This will reflect, as said, in the numerous actions of administrative improbity already proposed in Brazil; ongoing or already finalized. The problem specifically is the retroactivity or non-retroactivity of the new law and its institutes created, intercurrent or modified prescription, typology and general prescription, and its consequence in the ongoing processes, including the stage in which the deed is; whether in the knowledge or in the execution of the sentence. Obviously, if the non-retroactivity is recognized, the deed must have its normal course. But if the retroactivity of the reform is recognized, what should happen to the processes? The study will demonstrate that the conclusion is the retroactivity of the norm and, in this event, what must occur is the view to the active pole of the action so, if within the statute of limitations, it can add, adapt the request in the contours of the new regime of administrative improbity. Added one chapter by the decision of STF about theme 1.199.

Keywords: new administrative improbity law; new typology of acts of administrative improbity; prescription of the administrative improbity action; beneficial retroactivity for the defendant in relation to acts of administrative improbity and the new statute of limitations.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	13
<u>1. ASPECTOS GERAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL</u>	16
1.1 <u>CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</u>	16
1.2 <u>EVOLUÇÃO HISTÓRICA</u>	18
1.2.1 <u>LEIS ANTERIORES À LEI Nº 8.429/92</u>	18
1.2.2 <u>DA LEI 8.429/92</u>	21
1.3 <u>DO COMBATE À CORRUPÇÃO</u>	21
1.4 <u>DA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO</u>	22
1.4.1 <u>DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA</u>	23
1.5 <u>DA BOA GESTÃO PÚBLICA</u>	25
1.6 <u>DO DIREITO FUNDAMENTAL ANTICORRUPÇÃO</u>	27
<u>2 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 14.230/21</u>	30
2.1. <u>EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E MOTIVAÇÃO DA LEI</u>	31
2.2. <u>DA LEGITIMIDADE</u>	31
2.3 <u>DA NOVA TIPOLOGIA</u>	33
2.4 <u>PRESCRIÇÃO</u>	38
2.5 <u>OUTRAS ALTERAÇÕES</u>	41
2.5.1 <u>INQUÉRITO CIVIL</u>	42
2.5.2 <u>DEFESA PRÉVIA</u>	43
2.5.3 <u>BIS IN IDEM</u>	45

<u>2.5.4 PARTIDOS POLÍTICOS</u>	47
<u>2.5.5 INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA</u>	49
<u>2.5.6. INTERROGATÓRIO</u>	51
<u>2.6. NOVA TIPOLOGIA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</u>	53
<u>2.6.1 DO ELEMENTO SUBJETIVO</u>	54
<u>2.6.2 DA TAXATIVIDADE DO ROL DO ART. 11</u>	61
<u>2.6.3 DA LESIVIDADE RELEVANTE AO BEM JURÍDICO TUTELADO</u>	65
<u>2.6.4 DA INSIGNIFICÂNCIA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</u>	67
<u>2.6.5 DO CRIME DE HERMENÊUTICA</u>	68
<u>2.6.6 EXCLUSÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS EM RELAÇÃO AO ART. 11 DA LEI, OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO</u>	71
<u>2.7. PRESCRIÇÃO</u>	76
<u>2.7.1 CONCEITO E IMPORTÂNCIA</u>	76
<u>2.7.2 NOVO TERMO INICIAL</u>	78
<u>2.7.3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE</u>	79
<u>3. RETROATIVIDADE</u>	84
<u>3.1 TEORIAS</u>	84
<u>3.2 RETROATIVIDADE EM RELAÇÃO À TIPOLOGIA</u>	87
<u>3.3 RETROATIVIDADE EM RELAÇÃO À PRESCRIÇÃO</u>	96
<u>3.3.1 RETROATIVIDADE DO NOVO TERMO PRESCRICIONAL EM ABSTRATO</u>	97
<u>3.3.2 RETROATIVIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE</u>	104
<u>3.3.3 DA RETROATIVIDADE EM RELAÇÃO À COISA JULGADA</u>	108
<u>4. EFEITOS NOS PROCESSOS EM CURSO</u>	111

<u>4.1 EFEITOS NOS PROCESSOS EM CURSO NA FASE DE CONHECIMENTO</u>	111
<u>4.1.1 NECESSIDADE DE VISTAS AO MP</u>	112
<u>4.2 EFEITOS NOS PROCESSOS EM CURSO NA FASE DE EXECUÇÃO</u>	114
<u>5. DA DECISÃO ACERCA DO TEMA 1.199 PELO STF</u>	117
<u>CONCLUSÕES</u>	121
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	123

INTRODUÇÃO

Improbidade administrativa é assunto que suscita sentimentos dos mais variados tipos, abordado por lei específica em função de mandamento constitucional, há aproximadamente 3 décadas.

É comportamento que deve ser coibido tanto preventivamente como repressivamente sendo que o ordenamento jurídico contempla as duas formas.

Os atos de improbidade administrativa estão ontologicamente relacionados às funções públicas que nascem com a organização da sociedade e a criação do Estado como adiante será examinado.

A desonestidade precede o Estado e o surgimento das funções públicas, mas a sua mesclagem, quando o agente público pratica aquela, colocando o interesse privado no lugar do público, é ruim para a sociedade e para o próprio Estado e sua essência comprometendo a sua finalidade.

Improbidade não se harmoniza com os valores absorvidos pela sociedade moderna. Sua primeira manifestação é a responsabilização dos agentes públicos com a superação da irresponsabilidade dos monarcas no absolutismo. Marco relevante é a Declaração Francesa de 1789 que antecedeu a constituição francesa pós-revolução. Menção seja feita à legalidade e à positivação que dá estabilidade e segurança à sociedade aumentando a possibilidade de controle e certeza.

Pois bem, com a desonestidade, intrínseca ao homem, e o surgimento do Estado, que trouxe às funções públicas, surge a improbidade; a desonestidade no Estado. A colocação do interesse particular no lugar do público o que é extremamente danoso e comprometedor para o próprio Estado.

Houve a necessidade de criação de mecanismos para o combate desse mal. A primeira manifestação foi a instituição da responsabilização dos agentes públicos e, em um segundo momento, a criminalização da conduta. Em um momento posterior, tema deste trabalho no âmbito brasileiro, a previsão de sanções para os atos de improbidade administrativa na Constituição de 1988, mais tarde consubstanciadas na Lei 8.429/92 e sua reforma pela alteração pela Lei n° 14.230/21.

Esta última legislação, como será visto, trouxe inovações importantíssimas que serão analisadas sendo que as principais, nova tipologia e novo regramento prescricional, inclusive instituindo

a prescrição intercorrente, merecerão um exame mais aprofundado em função de seus reflexos nas inúmeras ações de improbidade administrativa já propostas e em curso no Poder Judiciário Brasileiro, inclusive em grau de recurso. Até mesmo as consequências nas ações com trânsito em julgado; é a pretensão.

Especificamente o problema é o reflexo da nova legislação nos processos já em curso no judiciário brasileiro. Qual a consequência dessa alteração já que as ações já propostas o foram com base na legislação anterior que não continha uma série de elementos. Se tais elementos serão ou não aplicados nos processos em trâmite, em que medida, a depender do estágio do feito e o atingimento a decisões já acobertadas pela coisa julgada.

Pormenorizadamente, os principais institutos contemplados na Reforma da Lei de Improbidade Administrativa Retroagem? São eles, nova tipologia e novo regime prescricional com a inclusão da prescrição intercorrente. Se retroagem, qual a consequência da retroatividade de cada um deles para os feitos em curso no Poder Judiciário Brasileiro? Se a retroatividade alcança os feitos já acobertados pela coisa julgada?

A conclusão será que a retroatividade deve ocorrer em função do que diz a lei, aa doutrina majoritária nacional e da jurisprudência inclusive do próprio STF. Isto com exceção da prescrição intercorrente, de natureza processual e não material, que foi criada para a improbidade administrativa e não apenas modificada como a prescrição geral. Corolário desta conclusão é que deve haver abertura de vista de todos os processos de improbidade administrativa ao polo ativo para que, se dentro do prazo prescricional, possa haver o aditamento da inicial adequando-a aos novos termos da lei.

Nota importante é a suspensão do prazo prescricional operada nos termos do Código Civil já que, indiscutivelmente, é essa a natureza da ação de improbidade administrativa.

No primeiro capítulo serão abordados aspectos gerais da improbidade administrativa como conceito, evolução histórica e legislação anterior à Lei n e 8.429/92. Como o tema está inserido no contexto do combate com a corrupção e sua relação com os princípios da administração pública mormente da moralidade que também será objeto de estudo. O corolário desse arcabouço como sendo o direito fundamental anticorrupção e da boa gestão pública.

O segundo capítulo contemplará a fase legislativa e as principais motivações e alterações da Lei n° 14.230/21 a partir da justificativa do projeto de lei, a chamada Reforma da Improbidade

Administrativa, como legitimidade, nova tipologia, prescrição e demais alterações significativas no novo regime da improbidade que guardam alguma relação com o cerne do trabalho.

O terceiro capítulo se deterá mais especificamente, para o tema do trabalho, na nova tipologia dos atos administrativos com ênfase na alteração do elemento subjetivo com a extirpação da culpa e do dolo eventual, taxatividade do art. 11, na lesividade do bem jurídico tutelado e insignificância na improbidade administrativa, bem como reflexos na pena de suspensão de direitos políticos; todos os aspectos relacionados com a alteração na tipologia pela Reforma em questão.

O quarto capítulo, aprofundando em razão do objeto do trabalho, tratará da prescrição abordando seu conceito e importância para o Direito, o novo termo inicial alterado no novo regime prescricional da improbidade e a prescrição intercorrente inserida na improbidade administrativa.

O quinto capítulo, mencionará as teorias sobre a retroatividade da *novatio legis in melius* bem como seus reflexos nas alterações que compõem o objeto do presente trabalho que são a tipologia e a prescrição, inclusive a intercorrente, no contexto da improbidade administrativa.

O sexto capítulo contemplará os efeitos nos processos de improbidade administrativa já em curso, quer seja em função da alteração da tipologia e da prescrição, inclusive a intercorrente; serão abordados os casos em que os feitos ainda se encontram na fase de conhecimento ou já na fase de execução.

Incluído após a decisão da repercussão geral no Tema 1199 no e. STF referências sobre ele pertinentes para o objeto deste estudo.

1. ASPECTOS GERAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

O objeto do presente capítulo é a aproximação do tema que será estudado com o delineamento de alguns pontos importantes que serão contemplados no decorrer do estudo com elementos necessários ao desenvolvimento do tema. Para ele servirão de base como conceito de improbidade administrativa, evolução histórica, até se chegar ao Direito Fundamental Anticorrupção.

1.1 CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tárek Moussallem, ao destacar que a problemática das definições ante a ambiguidade e vagueza das palavras, afirma que "definir o conceito de uma palavra é algo extremamente diverso de descrever (constituir) a realidade. (...) O objetivo de se definir é explicitar o conceito (aqui entendido como significado) das palavras (símbolos) empregadas no processo comunicacional, sempre empregando outras palavras." (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 38).

É a situação que experimentamos ao definir Improbidade Administrativa, dentro do sistema do direito positivo, observam-se diversos conceitos sobre improbidade administrativa.

De acordo com Daniel Amorin Neves e Rafael Carvalho Resende Oliveira, a partir das lições de Carmem Lúcia Antunes Rocha, improbidade "conta com um fundamento não apenas moral genérico, mas com a base de moral jurídica, vale dizer, planta-se ela nos princípios gerais do direito". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de improbidade administrativa/ Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira – 2ª ed. rev. Atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2014. p. 06)*

Já Matheus Carvalho dá os contornos à improbidade administrativa da seguinte forma:

"A doutrina faz distinções quanto ao sentido de probidade e moralidade. Alguns autores consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que a moralidade. (...) moralidade e a probidade enquanto princípios, são expressões sinônimas, em razão de que a Constituição da República ter mencionado em seu texto a moralidade como princípio no art. 37, *caput*, e a improbidade como lesão ao mesmo princípio",

(CARVALHO, Matheus, Lei de Improbidade Comentada – Atualizada com a Lei 14.230/2021/ Matheus Carvalho – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 11).

José Roberto Pimenta Oliveira afirma que improbidade é um:

“Conceito jurídico indeterminado na linguagem constitucional e que ao vedar a prática de atos de improbidade administrativa, a Constituição se vale de termo dotado de elevada carga de vagueza conceitual e que jamais será possível uma decodificação objetiva absoluta nesse campo da linguagem.

Indeterminado não quer dizer indeterminável. Em verdade, o que o intérprete deseja almejar é que, através de sua meta-linguagem descritiva, produza referencial mais preciso para alcançar um maior rigor expositivo, auxiliando a produção jurídica. Não lhe é dado ignorar os problemas da penumbra conceitual”. (sic)”. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Fórum. 2009. P. 149/150).

Marcelo Figueiredo assevera: “Do Latim *improbitate*. Desonestidade. No Âmbito do Direito o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado. Há sensível dificuldade doutrinária em fixar-se os limites do conceito de “improbidade”. Assim, *genericamente*, comete maus-tratos à probidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa”. (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. Malheiros Editores. 2004. P. 41.)

Extrata-se dos conceitos que improbidade, em um primeiro momento, é uma ilegalidade. O ato ímprobo é ilegal.

Mas a ilegalidade não é suficiente para dar os contornos definitivos da improbidade. Há a necessidade de que o ato ilegal seja imoral não sendo aqui considerada a moralidade comum, mas sim a moralidade administrativa, conceitos que serão examinados no trabalho.

Mas ainda há a necessidade de um elemento essencial para dar a caracterização da improbidade que é a desonestidade. Observe-se que probidade tem como sinônimo honestidade. Corolário é que o conceito de improbidade não pode prescindir da desonestidade.

Em sentido diverso Fábio Osório Medina quando afirma que a improbidade administrativa “pode traduzir-se através de ações ou omissões gravemente desonestas ou ineficientes”.¹

¹ <https://www.medinaosorio.com.br/improbidade-administrativa-e-direitos-de-defesa/>. Disponível em 11/08/22.

Observe-se que o conceito contempla, não somente a desonestidade, mas também a ineficiência, perspectiva que encontra amparo no conceito de improbidade antes da nova lei de improbidade administrativa pelos atos culposos. O doutrinador, será demonstrado no decorrer do trabalho, não vê problemas na previsão de atos de improbidade culposos o que se harmoniza com a ineficiência no conceito.

De qualquer forma, extrata-se que improbidade é um ato ilegal, que fere a moralidade administrativa eivado de desonestidade e que tem consequências danosas. É a desonestidade na gestão pública com a colocação dos interesses particulares acima dos públicos.

A improbidade é tão ruim para a sociedade, que transborda a imposição das sanções administrativas contempladas no § 4º do art. 37 da Constituição da República, tendo eco na esfera penal. Sua maior manifestação nessa é o crime de corrupção; o crime por excelência da improbidade administrativa. A expressão “crime por excelência” foi cunhada por Nelson Hungria em relação ao homicídio no Direito Penal. (Nelson Hungria, 1955 p. 25).²

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Neste subcapítulo busca-se delinear a evolução do tratamento da improbidade administrativa no ordenamento jurídico nacional, abordagem que contribui para uma melhor compreensão do trabalho.

1.2.1. LEIS ANTERIORES À LEI Nº 8.429/92.

Anteriormente à criação de comandos normativos próprios, no que tange aos atos de improbidade administrativa praticados por agentes públicos, as condutas eram previstas como

² "o homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. **É o crime por excelência.** É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às era primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada" HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, volume V, arts. 121 a 136. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955. (Grifou-se).

crimes funcionais e de abuso de autoridade com consequências de sequestro e perdimentos de bens. Essa ideia consta do art. 1º do Decreto-Lei nº 3.240 de 1941³.

Observe-se que o Decreto-Lei entrou em vigor antes do Código Penal que previa os efeitos de reparar os danos e perda dos bens produto do crime, sendo neste ponto uma inovação. Mas o que se quer aqui realçar são as previsões das consequências para os atos, até então não definidos como improbidade administrativa, mas como “crime que resulta prejuízo para a Fazenda Pública”, ou por crimes previstos no Decreto-Lei. O tratamento é de crime e não há ainda a tipologia da improbidade administrativa.

O Decreto-lei foi seguido pelo Código Penal e pelas Leis 3.164/57 e a Lei nº 3.502/58.

Em relação a essa última lei, também chamada Lei Bilac Pinto, segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *verbis*:

“Diversamente do diploma anterior, a Lei Bilac Pinto, melhor sistematizou a matéria, tendo esclarecido o alcance da expressão “servidor público” para fins de identificação do sujeito ativo dos atos que importavam em enriquecimento ilícito (art. 1º), elencado, em *numerus apertus*, os casos de enriquecimento ilícito (arts. 2º e 4º), havendo inúmeras semelhanças com os atos atualmente previstos no art. 9º da Lei nº 8.429/1992 e equiparando o enriquecimento ilícito aos crimes contra a administração e o patrimônio público (art. 4º).” (GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa/Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves – 9. ed. - São Paulo: Saraiva.2017. P 277).

Na sequência houve outros diplomas legais, inclusive durante a ditadura militar e não se pode deixar de mencionar a edição da Lei de Ação Popular, Lei nº 4.717/65 na esteira de proteção ao patrimônio público.

Nada obstante a evolução do tema na legislação nacional, há que se considerar que o nascimento da Lei nº 8.429/92, cumprindo mandamento constitucional inserto no § 4º do art. 37 da Constituição da República, primeiro diploma que teve como objeto a disciplina da improbidade

³ “Ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indicada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, ou por crime definido no Livro II, Título V, Capítulos VI e VII da Consolidação das Leis Penais desde que dele resulte locupletamento ilícito para o indiciado”.

administrativa no Brasil, ocorreu em um ambiente de combate à corrupção e da “caça aos marajás”.

Sempre houve preocupação com a probidade administrativa no direito positivo pátrio.

Constitucionalmente, com exceção da Carta de 1824, que consagrou a irresponsabilidade do Imperador (art. 99), todas as constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe de Estado por infração à probidade da administração. A saber, Constituições de 1891 – art. 54, 6^ª; 1934 – art. 57, f^ª; 1937 – art. 85, d^ª; 1946 – art. 89, V⁷; 1969 – art. 82, V⁸ e 1988, art. 85, V⁹. (GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa/Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves – 9. ed. - São Paulo: Saraiva. 2017. P 273).

Especificamente na Constituição de 1988 consta no inciso V do art. 85 a responsabilização do Presidente da República em função da probidade administrativa. Aliás esta a razão pela qual o Presidente não responde pela Lei n^o 8.429/92, mas sim pela Lei n^o 1.079/50. O entendimento foi externado pelo e. STF no julgamento do Agravo de Regimento na Pet 3240¹⁰.

⁴ Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: 6^o) a probidade da administração;

⁵ Art. 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: f) a probidade da administração;

⁶ Art. 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra: d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público;

⁷ Art. 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra: V - a probidade na administração;

⁸ Art. 82. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente: V - a probidade na administração;

⁹ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: V - a probidade na administração;

¹⁰ O STF julgou, no dia 10 de maio de 2018, o agravo de regimento na Pet 3240, firmando os seguintes posicionamentos:

Os agentes políticos, com exceção do presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, e se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade;

Compete à Justiça de primeiro grau o julgamento das ações de improbidade, logo não há foro por prerrogativa de função em relação a este tipo de ação. Os agentes políticos respondem por improbidade administrativa, ainda que sujeitos ao cometimento de crime de responsabilidade, com exceção do Presidente da República.

1.2.2 DA LEI 8.429/92

Em agosto de 1991 o então Presidente da República Fernando Affonso Collor de Mello encaminhou à Câmara dos Deputados a Mensagem nº 405/1991. Em anexo, projeto de lei elaborado pelo então Ministro da Justiça, Sr. Jarbas Passarinho, contendo 13 artigos contemplando exclusivamente enriquecimento ilícito.

A mensagem deu origem ao Projeto de Lei nº 1.446/1991, merecendo como relator o Deputado Nilson Gibson além de em torno de 3 centenas de emendas.

As discussões evoluíram alcançando outras duas espécies de atos de improbidade administrativa, dano ao patrimônio público e ofensa a princípios da administração pública, respectivamente, artigos 10 e 11, dando origem na Lei nº 8.429/92.

1.3 DO COMBATE À CORRUPÇÃO

Atualmente há uma concordância muito forte quanto à necessidade de combate à corrupção que, sob determinado prisma, traduz de maneira eficaz a República e Estado Democrático de Direito.

A expressão “corrupção” foi definida por Rafael Carvalho Rezende Oliveira como sendo “o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de improbidade administrativa/Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira – 2ª ed. rev. Atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2014. P. 04.)

A república não se harmoniza com a corrupção porque traduz-se em uma disfunção na utilização da coisa pública como privada.

Alguns conceitos têm de ser distinguidos para que não haja confusão entre eles. Importante a distinção para não ser equivocadamente transmitida a ideia de que a improbidade sempre foi uniformemente combatida no nível e no tempo.

Responsabilização dos agentes públicos é uma tônica e compõe a evolução da sociedade com os valores adotados na superação do absolutismo e da irresponsabilidade do monarca. Mas

improbidade administrativa é ideia que integra o ordenamento jurídico, sistematizadamente, recentemente com a Lei nº 8.429/92. Surgiu no ambiente de “caça aos marajás”.

Além disso, o combate à corrupção é mais amplo do que improbidade administrativa não sendo essa a única manifestação daquele. O crime de corrupção consta do art. 317 do CP que é de 1940, enquanto que a Lei nº 8.429 é de 1992.

A previsão de crime de responsabilidade do Presidente da República na hipótese de ofensa à probidade administrativa remonta à constituição de 1891.

Mas o que se quer dizer é que o combate à corrupção é previsto, mais do que como ato de improbidade administrativa, como crime. Em certas situações, ou na totalidade delas, o ato de improbidade é crime. Por isso a previsão constitucional do § 4º do art. 37 da distinção da ação penal. Se houver revogação da Lei nº 8.429/92, ainda assim permanecerá o combate à corrupção mormente pela legislação penal; em uma outra intensidade, mas não se extinguirá.

1.4 DA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO

A probidade administrativa guarda uma relação próxima com os princípios da administração entendidos como vetores orientadores dos agentes públicos. Não obstante grande parte das regras orientadoras dos agentes públicos seja infraconstitucional, estas como todo o ordenamento jurídico busca seu fundamento de validade da Lei Maior. É o caso. Os princípios orientadores da atividade do estado têm origem na Constituição da República irradiando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico. Além de serem aglutinadores do sistema normativo constitucional, os princípios atuam como fatores de imposição, interpretação e integração.

A importância dos princípios da administração em relação à improbidade administrativa é inequívoca, mas o de maior relevo é o princípio da moralidade administrativa que a contempla da melhor maneira, sem embargos dos demais.

A violação dos princípios da administração, além de informadora da tipologia dos atos de improbidade administrativa, compõe a própria tipologia dos atos de improbidade, agora em rol taxativo na nova legislação no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

1.4.1 DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Etimologicamente a palavra moral deriva do adjetivo latino *moralis* cujo significado é “relativo aos costumes”. (CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Fronteira, 2ª edição, 1986.)

É o conjunto de regras de condutas comuns entre os indivíduos de determinado grupamento social baseado nos conceitos de certo/errado, honesto/desonesto. (ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova lei de improbidade administrativa comentada / Henrique da Rosa Ziesemer, Igor Pereira Pinheiro – Leme-SP, Mizuno, 2022. p. 90.)

Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco moral tem os seguintes contornos:

“Assim entende-se por moral o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época; ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atual do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme distinção realizada pelo filósofo Bergson, tem-se o que convencionou chamar de moral fechada; e no segundo, a moral aberta.” (GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa/Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves – 9. ed. - São Paulo: Saraiva.2017. P 131.)

Já para Igor Pereira Pinheiro e Henriqueta Rosa Ziesemer:

“entende-se por moral, o conjunto de regras de condutas comuns entre os indivíduos de determinado grupamento social, baseado nos conceitos de certo/errado, honesto/desonesto. Essa, aliás, é uma conceituação que se extrai a partir do próprio sentido etimológico da palavra moral que advém do adjetivo latino *moralis*, e, cujo significado é “relativo aos costumes”. (ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova lei de improbidade administrativa comentada / Henrique da Rosa Ziesemer, Igor Pereira Pinheiro – Leme-SP, Mizuno, 2022. p. 90)

A relação entre moral e direito tem marco digno de nota na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, no qual houve uma separação clara, “sendo este último identificável apenas com a norma posta e produzida pelo órgão competente a despeito de reconhecer que a moral poderia influenciar na produção da norma”. (ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova lei de improbidade administrativa comentada / Henrique da Rosa Ziesemer, Igor Pereira Pinheiro – Leme-SP, Mizuno, 2022. p. 92).

Em síntese, a moral é relativa aos costumes e orienta o direito. Este não pode se desviar daquela. A doutrina majoritariamente entende moral comum como moral administrativa, mas mesmo os autores que não entendem desta forma, não usam aquela para a imposição de sanções porque é necessária a previsibilidade, o conhecimento que somente vem por meio da lei.

Sendo a moral voltada para o bem, mas calcada em orientações não coercitivas, inevitavelmente tem uma relação com o Direito “compreendido como o conjunto de princípios e regras passíveis de serem aplicadas coercitivamente pelo Estado através de sanções previstas pelo ordenamento jurídico.” (ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova lei de improbidade administrativa comentada / Henrique da Rosa Ziesemer, Igor Pereira Pinheiro – Leme-SP, Mizuno, 2022. p. 91.)

Isto em razão de que a moral influencia o direito. Aquela não tem força coercitiva mas tem o efeito de orientar a positivação de normas que formam o direito que, esse sim, tem força coercitiva.

Contudo, o Direito tem uma face distinta do campo da moral como por exemplo, em relação às normas técnicas editadas em regulamentos autônomos. A recíproca também se verifica havendo aspectos em que a moral não encontra eco no Direito. Mas, inquestionavelmente há pontos comuns.

Mas considerando-se o conceito sobre improbidade que é uma ilegalidade qualificada pela imoralidade, essa não é a moralidade comum. Consoante Márcio Cammarosano não se pode considerar para a moralidade administrativa como sendo a moral comum; aquela que se considerou até o momento. A moral comum, independentemente de informar e orientar o direito, não se confunde com a moralidade administrativa. Inicia seu raciocínio afirmando que:

“O Direito, com seu “inevitável conteúdo axiológico, seleciona valores que recolhe de outras ordens normativas de comportamento humano. Seleciona alguns; não recolhe todos. Pode recolher alguns para este ou aquele efeito, em determinadas circunstâncias, desprezando-os em outras. Pode até mesmo sancionar comportamento ofensivo a determinado valor, por determinada categoria de pessoas, não sancionando sua ofensa por outros”. (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. P. 77.)

Extrata-se que a moral é uma das fontes do Direito, que esse contém sanção, e, quando juridicizada, incorporada pelo Direito, dá origem à moralidade administrativa. Em síntese, moralidade administrativa é a moral comum juridicizada, *verbis*:

“A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores *juridicizados*, e tem sentido a expressão *moralidade* porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é a moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública”. (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. P. 113.)

Mas o que não se pode negar é a inspiração da moral no direito. Aquela é a consubstanciação do certo e da honestidade, *verbis*:

“O princípio da moralidade administrativa representa, na atualidade, um dos principais vetores de combate à improbidade administrativa, pois permite a punição da desonestidade intelectual ou volitiva do agente público. Esse foi o objetivo claro do constituinte originário ao inserir esse mandado anticorrupção no caput do art. 37 do Texto Supremo. ” (ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Nova lei de improbidade administrativa comentada / Henrique da Rosa Ziesemer, Igor Pereira Pinheiro – Leme-SP, Mizuno, 2022. p. 90.*)

Destarte, não há como se afastar a influência do princípio da moralidade no direito e, por conseguinte, na atuação do Estado bem como de seus agentes públicos, essência da probidade administrativa combatida pelo regramento e evolução objeto do presente estudo.

1.5 DA BOA GESTÃO PÚBLICA

A boa gestão pública abarca o atendimento do interesse público além do respeito à forma jurídica que é prevista. A correlação entre objetivos e meios é precipuamente a probidade administrativa sendo a improbidade a quebra desta ligação bem como um desvirtuamento deles.

Distinção sempre oportuna é a do administrador incompetente do desonesto. Pensamento que pode ser comprometido mormente em função da inclusão do princípio da eficiência na Constituição no rol constante do *caput* do art. 37. Contudo, improbidade guarda relação

próxima com desonestidade; este o principal aspecto a ser ferido e afastado pelo ordenamento jurídico.

Não se pode olvidar que a origem do tema em questão é o próprio Estado que é expressão e manifestação de regras e padrões de conduta que permitem a harmonização da pluralidade de anseios dos componentes do grupo e a manutenção e viabilização da coesão da sociedade. Esta, não há outra opção, é fruto do consenso entre os componentes do grupamento em um primeiro momento e, quando alcançado determinado nível de organização, consequência dos que foram alçados à condição de possuir uma certa ascendência sobre os demais.

Aqui o nascimento das funções públicas, elementares da improbidade administrativa. Mas não se pode perder de vista que o Estado é um meio eficiente de garantia do bem-estar conjunto catalisando a concretização de finalidades especializadas em benefício dos grupos específicos componentes da sociedade e que restaria comprometido com comportamentos que não em grupo.

A partir das lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco em sua obra sobre Improbidade Administrativa:

“Como pondera Duguit¹¹, “a questão frequentemente discutida de saber qual é o objetivo do Estado, ou mais exatamente do poder público, se resolve da seguinte maneira: o poder público tem por objetivo realizar o direito; ele é obrigado pelo direito a fazer tudo o que esteja ao seu alcance para garantir o reinado do direito. O Estado é criado pela força, mas essa força só é legítima enquanto se exerce em conformidade com o direito. Não dizemos como Ihering que o direito é a política da forma, mas sim que o poder público é a força posta a serviço do direito.” A conclusão semelhante chega Kelsen, para quem “o poder político é a eficácia da ordem jurídica reconhecida como Direito”. (GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa/Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves – 9. ed. - São Paulo: Saraiva.2017. P 121.)

Observe-se que improbidade administrativa é intestina, umbilicalmente ligada à desonestidade. Considerando-se a evolução histórica, pode-se afirmar que desenvolvimento da improbidade administrativa se confunde com o combate à corrupção, maior manifestação da desonestidade administrativa, já que a função pública é usada com fins não públicos.

¹¹ Manuel de droit constitutionnel, 1923, p. 2526. Apud Garcia, Emerson. Improbidade administrativa/Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves – 9. ed. - São Paulo: Saraiva.2017. P 121.

O fenômeno foi inclusive contemplado biblicamente no versículo 18 do Capítulo 16 do Livro do Deuteronômio: “Não torcerás o juízo, não farás acepção de pessoas, nem tomarás peitas; porquanto a peita cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos.”

A desonestidade é anterior ao Estado, por óbvio, mas quando com ele mesclada, precipuamente com as funções públicas, é que dá ensejo à improbidade administrativa sendo a corrupção seu comportamento ilícito por excelência.

Tal conduta, associado ao uso das prerrogativas funcionais inerentes ao cargo, emprego, função pública ou mandato político para obtenção de vantagens indevidas, financeiras ou não, é intrínseco a todos os tipos de governo somente variando a sua intensidade em função da intolerância de cada universo populacional.

1.6 DO DIREITO FUNDAMENTAL ANTICORRUPÇÃO

Com o nascimento do Estado nasce também um direito: o direito fundamental à anticorrupção; que se traduz na própria boa gestão pública. A expressão é de Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer. (ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova lei de improbidade administrativa comentada / Henrique da Rosa Ziesemer, Igor Pereira Pinheiro – Leme-SP, Mizuno, 2022. p. 41.)

O autor reconhece que a terminologia mais conhecida nas obras jurídicas que tratam do assunto é o chamado direito difuso à probidade administrativa e aponta correlação entre cláusulas pétreas e instrumentos de combate à corrupção no STJ no AgRg no Ag 1249132 da Relatoria do Ministro Fux.¹²

Modernamente consubstancia-se na materialização dos princípios da administração pública insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição da República. Não somente a moralidade, mas também a impessoalidade e, por fim, a eficiência inserida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

¹² 2. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

Analiticamente o Direito Fundamental Anticorrupção não se materializa apenas na Lei de Improbidade Administrativa. Há vários outros instrumentos não só repressivos, mas também preventivos.

Preventivamente, pode-se citar o art. 13 da Lei nº 8.429/92¹³ que disciplina a entrega de declaração de bens quando da posse de agente público, viés preventivo do combate à corrupção e à improbidade administrativa. É bem verdade que tal controle preventivo não é apenas teórico já que essas declarações são examinadas para a aferição de qualquer dissonância entre a remuneração do agente e sua evolução patrimonial e podem servir de material de consulta para a aferição de alguma anormalidade.

Menção seja feita que, como será visto no decorrer do estudo, o legislador procurou dar uma segurança um pouco maior ao agente público e, neste particular, quando da descrição do inciso VII do art. 9º na sua nova redação, fez inserir no dispositivo legal um aspecto que é inerente a qualquer conduta que em um primeiro momento parecer ímproba; é a possibilidade de demonstração da licitude da situação¹⁴. Observe-se a parte final. Prescindível em razão do devido processo legal e da ampla defesa, princípios gerais do Direito Sancionador.

Constitucionalmente há meios de controle da administração como por exemplo o direito de petição inserto no inciso XXXIV do art. 5º¹⁵; ação popular no inciso LXXIII do mesmo artigo 5º¹⁶ e até mesmo a ação de impugnação ao mandato eletivo do § 10 do art. 14¹⁷. Todos da Constituição da República.

¹³ “Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º (Revogado).

§ 2º A declaração de bens a que se refere o caput deste artigo será atualizada anualmente e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, do cargo, do emprego ou da função.

§ 3º Será apenado com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar a declaração dos bens a que se refere o caput deste artigo dentro do prazo determinado ou que prestar declaração falsa. ”

¹⁴VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução;

¹⁵XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

¹⁶LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹⁷§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

O que se quer deixar claro é que, expressão da República e do Estado Democrático de Direito, exsurge o Direito Fundamental Anticorrupção que irradia efeitos para todo o ordenamento jurídico. É nessa esteira que vem a legislação acerca de improbidade administrativa, vetor importantíssimo do tema do presente trabalho.

2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI N° 14.230/21

Neste capítulo pretende-se uma exposição das principais alterações da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa contemplando-se a evolução legislativa e a motivação dela pertinentes para o desenvolvimento do estudo.

2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E MOTIVAÇÃO DA LEI

Com o advento da Lei Federal n° 14.230/21¹⁸ em 26 de outubro de 2021 importantes dispositivos da Lei Federal n° 8.429/92 foram alterados o que resultou em profundas mudanças acerca do tema improbidade administrativa.

A Lei teve como origem uma comissão, instituída em 2018 pelo então Presidente da Câmara do Deputados Rodrigo Maia, que foi presidida pelo Ministro Mauro Campbell Marques e composta também pelo Desembargador Federal da 1º Região Ney Bello Filho e pelo Dr. Emerson Garcia membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. O texto foi encaminhado ao legislativo que teve como relator o Deputado Carlos Zarattini do PT de São Paulo.

A nova lei teve vários móveis pelas alterações implementadas conforme justificativa¹⁹ do projeto de lei. Dentre elas as principais são a legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade administrativa, a especialização do acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa, uma nova tipologia dos atos de improbidade administrativa alijando a culpa do art. 10 e o dolo eventual da caracterização dos atos de improbidade.

Outro aspecto que se pode observar em determinadas situações é a incorporação de jurisprudência acerca da improbidade administrativa, tendo como exemplo disso o entendimento sobre nepotismo consubstanciado na súmula vinculante 13 do STF. (3ª parágrafo da p. 64). O entendimento não só reproduziu a súmula no texto de lei como também a jurisprudência sobre nomeação política que não se caracteriza como nepotismo. As alterações

¹⁸BRASIL. Presidência da República. Lei n° 14.230/21. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm.

¹⁹ <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020181107001820000.PDF#page=50>. (p. 64/70).

constam do inciso XI do art. 11²⁰ complementado pelo § 5º²¹. Consta da Reclamação nº 31.316 sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes no e. STF²².

Processualmente extinguiu a fase de defesa preliminar e, alterando o prazo prescricional para a propositura da ação bem como seu termo inicial, também instituiu a prescrição processual, intercorrente, com marcos interruptivos.

2.2 DA LEGITIMIDADE.

A nova redação do art. 17 da lei insculpe que “a ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei”. Extrata-se do dispositivo que, diferentemente do que dispunha a lei antes da reforma, apenas o Ministério Público tem legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa, diferentemente do que estava previsto na lei anteriormente à reforma onde havia previsão para propositura para as pessoas jurídicas interessadas.

A razão dessa alteração parece ser, em síntese, abusos dos demais legitimados para a propositura da ação que, pela alternância de poder própria do Regime Democrático de Direito, sucumbiam a interesses não republicanos utilizando-se da pessoa jurídica de direito público que assumem

²⁰XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

²¹§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente. ”

²²CONSTITUCIONAL. SUPOSTA PRÁTICA DE NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA CARGO POLÍTICO. HIPÓTESE NÃO ALCANÇADA PELA SÚMULA VINCULANTE 13. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO (ART. 84 DA CF/1988). RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Nos representativos que embasaram a aprovação da Súmula Vinculante 13, a discussão centrou-se nas nomeações para cargos em comissão e funções de confiança da administração pública (art. 37, V, CF/1988).

2. Em nenhum momento, tanto nos debates quanto nos precedentes que levaram ao enunciado da súmula, discutiu-se a nomeação para cargos políticos, até porque a previsão de nomeação do primeiro escalão pelo chefe do Executivo está no art. 84 da Constituição Federal.

3. A nomeação de parente, cônjuge ou companheira para cargos de natureza eminentemente política, como no caso concreto, em que a esposa do Prefeito foi escolhida para exercer cargo de Secretária Municipal, não se subordina ao Enunciado Vinculante 13 (Rcl 30.466, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, Dje de 26/11/2018; Rcl 31.732, Redator p/ o Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, Dje de 3/2/2020).

4. Reclamação julgada improcedente. (STF – Rcl nº 31316, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, 1ª Turma, julgado em 05.08.2020, DJe-222 de 08.09.2020)

e de suas respectivas procuradorias para perseguir o antecessor quando era inimigo político. Uma situação grave no plano municipal onde há mais de 5 mil na federação potencializando por demais tal aspecto que consta da justificativa do projeto de lei nos seguintes termos: “Ainda quanto às questões processuais, entendeu-se por bem manter a legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura das ações de improbidade administrativa. Isso se deu por consideração à natureza do provimento requerido no seio de ações desta natureza. Não é razoável manter-se questões de estado ao alvedrio das alterações políticas e nem tratar questões de ato de improbidade como se administrativas fossem. Há um viés político-institucional que deve ser observado, o que torna salutar e necessária a legitimação exclusiva.”²³

Ponto que merece referência com relação à legitimidade para a propositura da ação improbidade administrativa é a retirada dela para seu ajuizamento das pessoas jurídicas de direito público, sem privá-las da competente ação de ressarcimento ao erário; medida que imuniza a ação de improbidade administrativa contra motivações políticas.

Na prática o que acontecia é que, com a sucessão na gestão pela oposição, ocorria a propositura de ações de improbidade administrativa pelas pessoas jurídicas de direito público contra os gestores antecedentes. Não raro, após notícias dos fatos ao Ministério Público, estes mereciam a competente análise através de instauração de inquérito civil, mas no final tinham como conclusão o arquivamento. Nessa situação o gestor da atualidade, não raro, ficava insatisfeito e exortava a procuradoria da respectiva pessoa jurídica de direito público que assumia a propor a ação de improbidade administrativa mesmo com o sentir contrário à ocorrência do ato pelo MP que deu ensejo ao arquivamento do inquérito.

Como necessariamente o Ministério Público oficia neste feito quando não o ajuíza, na oportunidade de sua manifestação vinha aos autos o inquérito completo que era detonado pela notícia encaminhada ao MP. Uma hipótese para que o procurador fizesse isso é a ignorância de um inquérito civil arquivado pelo MP porque, via de regra, essa informação não constava da ação proposta pela pessoa jurídica. Nesta situação, se o procurador da pessoa jurídica de direito público, em tese, não sabia do inquérito, com a vista processual passa a saber. Não raras as insistências na procedência do pedido mesmo com o sentir ministerial contrário ao reconhecimento da ocorrência da improbidade administrativa o que caracteriza a motivação

²³ <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020181107001820000.PDF#page=50>. p. 68/69.

política da atuação e tentativa de usar o processo como meio de vingança e o Ministério Público e o Poder Judiciário como instrumento dela, comportamento que deve ser coibido.

A solução proposta foi a limitação da legitimidade ativa ao Ministério Público em razão de que o atual gestor, não satisfeito com a tentativa frustrada de utilização do Ministério Público para fins de vingança no ambiente judicial através de processo, fomentada através do procurador municipal a propositura da ação; situação não rara na prática.

Há que ser feita menção ao deferimento liminar nas ADI's 7042 e 7943 para afastar a legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação de improbidade administrativa sob o argumento, em síntese, de vedação ao retrocesso ao imperativo constitucional de combate à improbidade administrativa e que a legitimidade ampla aumentaria a proteção buscada pela Lei de Improbidade Administrativa.²⁴

2.3 DA NOVA TIPOLOGIA

Quanto à tipologia, a motivação para a edição da Lei nº 14.230/21 foi precipuamente a constância da culpa no art. 10 da Lei e sua dissonância com improbidade administrativa, bem como suas sanções e medidas cautelares possíveis de serem adotadas pelo juiz.

A taxatividade inserida no art. 11 encarada como um transbordamento na atuação do Ministério Público em algumas situações mormente em relação ao art. 11 da Lei, que se refere a princípios da administração.

Aliás, imperfeições e excessos são ínsitos à atuação humana, falível por definição.

Além da alteração na tipologia dos atos de improbidade administrativa excluindo a culpa houve a restrição - muito importante - do dolo ao específico retirando o dolo eventual que tem relação com a previsibilidade do risco.

O cerne das alterações diz respeito à mudança da tipologia dos atos de improbidade administrativa. O legislador não somente tornou o rol exaustivo retirando a palavra “notadamente” do *caput* do artigo 11, como também excluiu a culpa do artigo 10.

²⁴<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349715947&ext=.pdf>. Acesso em: 23 mai.2022.

Mas tais alterações, especificamente a retirada da culpa, talvez não tenham tamanha relevância como a exigência do dolo direto. A última frase pode não transmitir a importância que tem, já que pode passar despercebida a não exigência do dolo eventual, o que gerará consequências como será visto.

Observe-se que a novel legislação utiliza-se da expressão “vontade livre e consciente” no seu parágrafo 2º do artigo 1º²⁵. Indiscutivelmente o legislador extirpa, não só a culpa do art. 10, mas também o dolo eventual das demais condutas, além de fechá-las num rol taxativo no art. 11 que, na redação da legislação anterior, por ser exemplificativo e baseado em princípios da administração pública, tinha maior porosidade e abertura.

Tal diminuição e maior exigência na caracterização do ato ímprobo por óbvio tem consequências nas ações de improbidade administrativa em curso no Brasil porque há expressa determinação legal de aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa, sendo o seu principal para o presente exame a retroatividade benéfica para o réu²⁶.

O benefício para réu é melhor visto e refletido quando há a retirada de algum crime do mundo do direito, ou *abolitio criminis* que é a revogação de determinado crime. Quando alguma conduta deixa de receber o desvalor penal. Nesta situação não é difícil enxergar a retroatividade benéfica para o réu.

Contudo a retroatividade benéfica é mais ampla do que isso. Algumas situações exigem uma maior acuidade e atenção para que haja a detecção de melhoria na condição do requerido. O reconhecimento da *novatio legis in melius* às vezes demanda reflexão e invocação pelo réu com a explicação devida da melhora e não se restringe apenas à caracterização do delito, mas a qualquer melhoria de condição para o requerido.

Nesta hipótese, e será mais adiante examinado com maior profundidade, o que ocorreu na Nova Lei de Improbidade Administrativa com a alteração da tipologia foi, em síntese, a exigência do dolo direto para caracterizar o ato ímprobo, dando novos contornos ao seu elemento subjetivo.

Observe-se os §§ 2º e 3º do art. 1º da Nova Lei:

²⁵ § 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

²⁶ XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

“§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”

A lei não teve uma sistematização ideal. A definição do elemento subjetivo continua no art. 11 em parágrafo específico e outro parágrafo o estende aos demais atos de improbidade. São os parágrafos 1º e 2º:

“Art. 11. (...)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.”

Repita-se para que se possa apreender a situação. O elemento subjetivo descrito no início da lei, novamente a ele é feita referência em um parágrafo específico de artigo pertinente a atos de improbidade administrativa relativa a princípios. Em outro parágrafo específico é estendido tal ideia, não só para os demais artigos da qual faz parte, mas para todo o ordenamento jurídico relativo a atos de improbidade administrativa.

Em um outro momento, novamente delineando o elemento subjetivo, consta do § 1º do art. 17-C que:

“§ 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.”

A sistematização não foi a ideal.

O elemento subjetivo foi tratado em dispositivos esparsos e, no art. 11, que trata de atos de improbidade por ofensa a princípios da administração, houve tratamento que precisou de ser explicitado que deveria se estender a todos os atos de improbidade administrativa; não se pode

deixar de mencionar, melhor seria se compusesse o art. 1º na sequência dos primeiros dispositivos transcritos.

Mas o que ficou claro é que a nova definição do elemento subjetivo do ato de improbidade extirpa a culpa, já que deixou de prevê-la, bem como o dolo eventual, já que contemplou apenas o dolo direto pela expressão “vontade livre e consciente”.

Isto gera uma consequência que é similar ao, utilizando-se de expressão própria do Direito Penal, acréscimo de um elementar do tipo.

Quando se insere uma nova elementar no tipo, a caracterização do crime é mais difícil. A situação melhora para o requerido. A elementar pode até ter ocorrido na conduta, mas como não era elementar do tipo, é possível que o Ministério Público não a tenha contemplado na imputação; a solução é a possibilidade de aditamento, se dentro do prazo prescricional, será visto mais adiante.

Há exemplo da hipótese.

A situação encontra correspondência na legislação e na jurisprudência com a Lei nº 12.015/09 que deu nova redação ao art. 229 do CP que prevê o crime de Casa de Prostituição acrescentando a elementar da “exploração sexual” como elemento normativo do tipo. Consequência disso é a imposição da necessidade de se sindicarem a existência de tal elemento nas condutas para a caracterização do tipo penal.

Ou seja, com o acréscimo de elementares, condutas que antes se subsumiam apenas às previstas na lei anterior deixam de ser crimes. A jurisprudência examinou exatamente este caso e entendeu pela atipicidade das condutas que não continham os elementares inseridas na lei posteriormente; óbvio.

Se a nova lei é mais rigorosa com a exigência de uma nova elementar e a imputação não a contempla (pode até ter ocorrido, mas teria de constar da imputação para que dela o réu pudesse se defender) outra consequência não há senão a absolvição pela atipicidade do fato. Consta do julgamento do Resp 1.683.375/SP²⁷.

²⁷ RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TIPICIDADE. EXPLORAÇÃO SEXUAL. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. VIOLAÇÃO À DIGNIDADE SEXUAL E TOLHIMENTO À LIBERDADE. INEXISTÊNCIA. FATO ATÍPICO. 1. Mesmo após as alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 12.015/2009, a conduta consistente em manter Casa de Prostituição segue sendo crime tipificado no artigo

Informação importante é que, no Recurso Especial em questão, o recorrente é o Ministério Público buscando a condenação do réu que não ocorreu pelo reconhecimento da atipicidade da conduta que não contemplava a nova elementar inserida por lei, da “exploração sexual”, no art. 229 do Código Penal. Exemplo de que a inserção de nova elementar beneficia o réu.

Transportando o raciocínio para os atos de improbidade administrativa, o novo delineamento do elemento subjetivo atinge o cerne da caracterização da conduta ímproba extirpando a culpa e o dolo eventual, e exigindo a individualização da conduta por contemplar apenas o dolo direto consistente na vontade livre e consciente.

Isto, associado ao comando de aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, terá consequências gigantescas nos processos em curso como adiante será examinado.

Portanto, havendo uma exigência maior, uma demanda de mais elementos para caracterização do ato ímprobo, por óbvio há um benefício o réu e deve ser considerada nos feitos já em curso; a mesma lógica do Direito Penal em função do comando de adoção dos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

Há que ser declinado que a lógica se baseia no princípio republicano da igualdade. Essa a ideia central que norteia o presente trabalho que conclui pela retroatividade da Reforma na Lei de Improbidade na parte mais benéfica para o requerido. Conforme dito pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 600817, *verbis*:

“O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto no caso em que a legislação superveniente seja mais gravosa.”

229 do Código Penal. Todavia, com a novel legislação, passou-se a exigir a "exploração sexual" como elemento normativo do tipo, de modo que a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal. 2. Não se tratando de estabelecimento voltado exclusivamente para a prática de mercancia sexual, tampouco havendo notícia de envolvimento de menores de idade, nem comprovação de que o recorrido tirava proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não há falar em fato típico a ser punido na seara penal. 3. Recurso improvido. (REsp 1683375/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 29/08/2018)

2.4 PRESCRIÇÃO

Nada obstante, outro aspecto nevrálgico sob este prisma de aplicação do direito administrativo sancionador é o instituto da prescrição. Interessante destacar, inclusive para o objeto deste trabalho, que no que tange à prescrição, do projeto de Lei nº 10.887/2021 que foi renumerado para o PL 2505/21, conforme acima já descrito, constava, quanto à aplicabilidade da prescrição, dispositivo específico no sentido de aplicação do instituto apenas aos fatos ocorridos após a vigência da lei²⁸ conforme informação do sítio da Câmara dos Deputados²⁹ (não há outra forma de fazer referência a tal aspecto).

Na pesquisa sobre o tema por todos os meios, ouvimos no IDP Cast, episódio 01. A partir do minuto 50 foi declinado pelo palestrante que retroatividade foi discutida nas audiências públicas sobre a Lei nº 14.230/21 mas não constou dela explicitamente por motivações políticas.³⁰ Não foi um desleixo ou um cochilo mas uma opção política para não acirrar o ânimo político que dificultaria a aprovação da lei.

Não há qualquer indício da motivação da extirpação de tal regra do texto legal, ou até mesmo registro da razão pela qual não consta no processo legislativo. Somente o fato de que constava do projeto de lei em determinado momento e no seguinte não constava. Isto leva a crer que em algum momento do processo legislativo houve a supressão da orientação numa clara intenção, a nosso sentir, de que a prescrição se aplicasse a fatos pretéritos e a processos de ação de improbidade já em curso. Aspecto muito importante para o presente estudo.

O art. 23³¹ que disciplinava a prescrição para a propositura das ações de improbidade administrativa teve nova redação e novo regramento instituindo prazo maior mas alterando o termo inicial para a contagem da prescrição.

Em resumo, ao contrário de 5 anos, em linhas gerais, após o término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança, passou para 8 anos (prazo maior); mas retrocedeu o termo inicial à data do fato ou, no caso de infrações permanentes, da cessação da permanência.

²⁸ Art. 23-C. O prazo prescricional a que se refere o art. 23 desta lei aplica-se apenas aos fatos ocorridos após a sua vigência.

²⁹ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29. Acesso em: 23 mai.2022.

³⁰ <https://open.spotify.com/episode/46uhOxBjpmuIbrhBr2oiG>. A partir do minuto 50.

³¹ 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.

Esse aumento de prazo pode passar a ideia de um rigor maior; mas a alteração com o deslocamento do termo inicial, que impõe o curso da prescrição com o agente no exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança cristalinamente combaliu a punição por atos de improbidade administrativa de sobremaneira pelo favorecimento da ocorrência da prescrição.

Não se pode perder de vista que a fixação do termo inicial na legislação anterior levava em conta a possibilidade de o agente comprometer a apuração ou ocultar provas e dificultar a investigação do ato administrativo reputado ímprobo já que ainda no exercício da função, mandato ou cargo. No caso de mandato eletivo, quando houvesse reeleição, mesmo com descontinuidade do mandato pela anulação do pleito, a jurisprudência era no sentido de que o termo inicial da prescrição somente ocorreria após o término do segundo mandato eletivo³²

Alteração mais significativa do que o deslocamento do termo inicial do prazo prescricional nos termos descritos, que compromete o aumento de prazo, é a instituição da prescrição intercorrente que é a que ocorre no curso do processo.

Talvez aqui, sua inexistência na lei anterior, a consequência mais nefasta para o réu em ação de improbidade administrativa nos limites anteriores à nova lei de improbidade administrativa; a manutenção do curso processual independentemente do tempo. Sim, porque, como a ação de improbidade não tem natureza penal por força constitucional, não segue a regra prescricional penal e, prescrição intercorrente, aquela que ocorre no curso do processo, fora da seara penal ocorre apenas na execução fiscal por instituição em 2004 pela Lei nº 11.051/04 e albergada no NCPC no art. 921 também relativo a execução.

No penal, a prescrição intercorrente corresponderia à prescrição punitiva superveniente prevista no art. 110 do CP.

Fora do processo penal, no processo de conhecimento como é o que caso do que se trata na improbidade administrativa, a regra aplicável é a do Código Civil que impõe a suspensão da prescrição no curso do processo conforme disciplina seu art. 202. Ela se interrompe, no caso da ação de improbidade administrativa, conforme o inciso I do art. 202 e volta a correr quando do

³²STJ. 2ª Turma. REsp 1414757-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/10/2015 (Info 571). O prazo prescricional em ação de improbidade administrativa movida contra prefeito reeleito só se inicia após o término do segundo mandato, ainda que tenha havido descontinuidade entre o primeiro e o segundo mandato em razão da anulação de pleito eleitoral, com posse provisória do Presidente da Câmara, por determinação da Justiça Eleitoral, antes da reeleição do prefeito em novas eleições convocadas.

último ato do processo que a interrompeu. Conforme seu parágrafo único.³³ Consequência direta e inafastável do comando constitucional que distinguiu a ação de improbidade administrativa da ação penal.

Não se pode deixar de realçar a lei específica sobre improbidade administrativa que dispõe que a interrupção da prescrição ocorre pelo ajuizamento da ação conforme inciso I do § 4º do art. 23, *verbis*:

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

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa; ”

Se não é penal, não tem o regramento prescricional da ação penal; segue o regramento civil e, prescrição no curso do processo fora da seara criminal apenas na execução fiscal e, em um segundo momento, pelo art. 921 do NCPC, nas execuções entre particulares. Agora tem regramento especial sendo o ajuizamento da ação sendo o seu primeiro marco interruptivo.

Talvez aqui uma das maiores evidências da natureza sancionatória da ação de improbidade que a aproxima, na nova legislação, da ação penal na sua essência; o processo sancionatório não pode subsistir *ad eternum*. A prescritibilidade sancionatória deve existir mesmo proposta a ação; é uma garantia para o réu que não pode ficar com a carga de um processo punitivo indefinidamente. Senão haveria uma outra pena além das já existentes que é a manutenção da existência do processo sancionatório; uma carga absurda para os requeridos.

A prescritibilidade nos processos sancionatórios depois de proposta a ação é uma garantia para o réu. Bem verdade que no processo penal tem o nome de prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente. Os marcos interruptivos se aproximam dos marcos prescricionais da nova disciplina da improbidade administrativa.

Contudo, na prática, uma investigação mais criteriosa aponta para um aumento na dificuldade da procedência do pedido na ação de improbidade.

³³Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Nunca esquecendo que, interrompida a prescrição, ela volta a correr pela metade do prazo, qual seja, 4 anos. Consta do § 5º do art. 23³⁴.

É que os marcos interruptivos à exceção do recebimento da inicial, são manifestações judiciais pela condenação. Se houver alguma manifestação pela absolvição, pela prática judiciária brasileira, operar-se-á a prescrição intercorrente porque não haverá tempo para o provimento de um recurso que porventura seja interposto pelo Ministério Público antes da implementação do marco interruptivo seguinte.

Ou seja, na prática, o réu só precisa de um sentir pela absolvição, mesmo que seja revertida. Perde relevo a parte final dos incisos III, IV e V do § 4º do art. 23 já que a reforma de sentença ou acórdão de improcedência dificilmente, na prática, escapará do reconhecimento da ocorrência da prescrição intercorrente.

A aproximação da Nova Lei de Improbidade Administrativa à legislação penal é indisfarçável. O dispositivo que prevê a prescrição naquela (§ 4º do art. 23) tem inspiração, inegavelmente, no art. 117 do Código Penal, quase que o reproduzindo, apenas fazendo as devidas adaptações à improbidade.

A prescritibilidade penal é uma garantia constitucional para o réu em processo sancionatório; inclusive no curso processual. Tanto que a imprescritibilidade é a exceção pelo inciso XLII do art. 5º da CF³⁵.

Também sob este aspecto, a novel legislação é mais favorável ao réu e suas consequências nos processos de improbidade administrativa em curso serão analisadas.

2.5 OUTRAS ALTERAÇÕES

Neste subcapítulo serão abordadas algumas alterações que têm relação com o objeto do trabalho e que de alguma forma serão contempladas ao longo dele. O inquérito civil, por exemplo, tem relação com a prescrição na nova legislação.

³⁴ § 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

³⁵ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

2.5.1 INQUÉRITO CIVIL

Inolvidável a suspensão do prazo prescricional para o ajuizamento da ação penal considerando-se a instauração de inquérito civil. A referência é pertinente já que na esfera penal o prazo para inquérito policial é o da prescrição do crime. Não há a limitação imposta tal qual na nova legislação sobre improbidade administrativa. Os inquéritos policiais, na prática, não têm outro prazo para a tramitação que não o prescricional. Diz-se na prática porque na lei, há sim, previsão para a conclusão do inquérito policial. É o art. 10 do CPP³⁶. Mas são prazos impróprios. Aqueles cuja inobservância não geram preclusão o que, na prática, confere ao inquérito policial o prazo da prescrição da punição punitiva em abstrato que são aquelas que levam em consideração a pena máxima conforme art. 109 do CP. Sequer é possível nesta fase ser reconhecida a prescrição considerando-se a pena que concretamente seria aplicada ao réu; nem mesmo no curso interno do processo. Esta situação deu inclusive gerou a criação da prescrição penal em perspectiva, reconhecimento vedado pela Súmula 438 do STJ³⁷.

Na nova legislação sobre improbidade administrativa houve delimitação de prazo para o inquérito civil nos parágrafos do art. 23³⁸.

Instituído o prazo de tramitação do inquérito civil, muito maior do que o previsto no penal, e a suspensão do prazo prescricional pela sua tramitação. Nesse aspecto a legislação caminhou no sentido do aumento da possibilidade da condenação.

³⁶Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

³⁷ A súmula nº 438 tem o seguinte enunciado: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

³⁸§ 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.

Menção seja feita no *caput* do art. 22, da possibilidade, inclusive, de ser instaurado inquérito policial³⁹. Redundante seu parágrafo único⁴⁰

2.5.2 DEFESA PREVIA

Outro ponto de natureza processual que foi objeto da reforma da Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21 foi a extinção da fase da defesa prévia.

Ainda nos ares de proximidade da ação de improbidade administrativa com o processo penal, mas dele divergente por comando constitucional, como a carga daquela ação é similar ou talvez maior pela ausência da prescrição no curso do processo, havia uma fase antes da reforma em questão em que o polo passivo tinha a oportunidade de manejar argumentos que demovessem o juízo de receber a ação de improbidade administrativa. Fase muito semelhante ao art. 514 do CPP⁴¹ que consta do capítulo que trata dos crimes de responsabilidade de funcionário público. A ideia foi absorvida pela Lei 11.719/2018 que instituiu no art. 396 do CPP a possibilidade no procedimento penal em geral.

É bem verdade que a carga de um processo penal é absurda; ainda mais se for insubsistente a imputação ou ocorrer algum abuso não evidente pelo Ministério Público.

Na ação de improbidade administrativa não é diferente o que motivou o legislador na antiga sistemática da improbidade a instituir esta fase anterior ao similar “recebimento da denúncia” na ação de improbidade administrativa.

A carga de um processo penal é tanta que existe este ato, recebimento da denúncia, com o devido relevo conferido pela lei. No processo civil, na maior parte das vezes, quando não há requerimento de tutela provisória ou qualquer medida cautelar em sentido amplo, na prática o juiz determina a citação apenas; isso no caso de não indeferimento da petição inicial, por óbvio.

³⁹Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14 desta Lei, poderá instaurar inquérito civil ou procedimento investigativo assemelhado e requisitar a instauração de inquérito policial.

⁴⁰Parágrafo único. Na apuração dos ilícitos previstos nesta Lei, será garantido ao investigado a oportunidade de manifestação por escrito e de juntada de documentos que comprovem suas alegações e auxiliem na elucidação dos fatos.

⁴¹Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.

Nem mesmo nos casos de prescrição, que é impossível a sua decretação sem a oitiva das partes conforme o art. 487 do CPC⁴². A não ser que seja gritante, que é a exceção do § 1º do art. 332⁴³.

Pois bem, delineada a situação anterior bem como sua motivação, na prática o que ocorria é que o requerido em uma ação de improbidade administrativa manejava os seus melhores argumentos nesta oportunidade para não se ver com a carga de uma ação por improbidade administrativa sobre seus ombros; deduzia as suas melhores razões.

A consequência é que, infrutíferos os esforços e recebida a inicial, depois de uma odisseia para “recitar” o requerido, já que antes da reforma da lei de improbidade administrativa em seu § 9º do antigo art. 17 constava que: “Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação”. Ou seja, nesta oportunidade, o chamamento do réu ao processo já era feito com uma manifestação judicial desfavorável; e o entendimento majoritário era de que era pessoal. Não podia ser na pessoa de seu advogado constituído já que era nominado pela lei de “contestação” o ato que deveria praticar e, poderes para receber citação, normalmente não consta dos instrumentos de mandato.

O réu tinha novamente que ser citado pessoalmente e, quando tal ocorria, não fazia nada mais do que simplesmente repetir os argumentos que já tinha deduzido.

Um desperdício de tempo e energia; um atraso desarrazoado para o processo.

O que fez a lei reformadora? Suprimiu esta fase processual adiantando a marcha da ação no sentido de um provimento de mérito.

Neste ponto a reforma da Lei de Improbidade Administrativa experimentou uma evolução reconhecendo a inocuidade da fase processual suprimindo-a.

Contudo, esta alteração não atinge os feitos já em curso uma vez que houve adoção no sistema processual civil brasileiro do isolamento dos atos processuais. Ou seja, vencida uma etapa, se

⁴²Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

⁴³Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

houve alguma alteração posterior em relação à sua forma, é irrelevante para o desenrolar do processo.

“O Código de 2015 adotou a teoria do isolamento dos atos processuais, que compreende cada ato de forma autônoma, de modo que a nova lei processual tem aplicação imediata, respeitando-se os atos já realizados e os efeitos por eles produzidos sob o regime da legislação anterior.”⁴⁴Não há máculas, portanto, para as ações que tramitaram sob a égide anterior à reforma e tiveram essa fase processual em razão da teoria do isolamento dos atos processuais incorporados na nossa legislação expressamente pelo artigo 14 do NCPC. “⁴⁵

Este aspecto é importante para o estudo da retroatividade da nova legislação em relação à prescrição intercorrente e quanto à coisa julgada no âmbito da improbidade conforme será visto adiante.

2.5.3 *BIS IN IDEM*

Outro aspecto digno de referência é a preocupação do legislador em ver contempladas e consideradas, situações desfavoráveis experimentadas pelo réu. Outra evidência de que o processo é sancionatório.

Observe-se.

Odioso o duplo apenamento por determinado fato. Por pior e reprovável que tenha sido a conduta do réu, deve receber a consequência adequada prevista em lei; nem mais, nem menos e nem em duplicidade. O *bis in idem*, também chamado de “overcharge”.

Vale ressaltar o conflito do *bis in idem* com a independência das instâncias.

Já foi objeto de exame pelo e. STF na Reclamação 41.557/SP da relatoria do Ministro Gilmar Mendes⁴⁶. Em síntese o que ocorreu foi a propositura pelo mesmo fato de ação penal e ação de

⁴⁴ <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/301790/arts--13--14-e-15-do-cpc---aplicacao-das-normas-processuais>. Acesso em 05 jul.2022.

⁴⁵ Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

⁴⁶ Reclamação constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada

improbidade administrativa sendo que naquela houve a concessão da ordem em *habeas corpus* determinando o trancamento da ação penal pela falta de justa causa.

Contudo, ainda havia a ação de improbidade administrativa que foi o objeto da reclamação referida com o mesmo objetivo, bem sucedido, de trancamento da ação de improbidade administrativa. O acórdão faz referência expressa à mitigação da independência “entre as diferentes esferas sancionadoras”.

O *bis in idem* é fenômeno evitado na lei em duas oportunidades.

A mesma ideia foi inserida no § 5º do art. 21⁴⁷ e no inciso V do art. 17-C⁴⁸. Com a repetição da ideia o legislador evidenciou a preocupação exacerbada no duplo apenamento em uma nítida aflição quanto ao tema.

Até mesmo em relação à pessoa jurídica houve menção expressa como no § 7º do art. 12⁴⁹.

O *bis in idem*, maléfico para o réu e desarmonioso com o Estado Democrático de Direito, há de ser confrontado com a independência das instâncias que, quando em benefício para o réu, é contemplada na lei.

Tal independência é mitigada em benefício do réu quando na nova legislação há a previsão no § 3º do art. 21 de que as sentenças cíveis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria. Ou seja, o requerido na ação de improbidade tem outra possibilidade para a improcedência do pedido fora dos autos, em outro processo.

Em síntese, o que se quer dizer é que, enquanto a possibilidade de decisões judiciais conflitantes é evitada no ordenamento jurídico, na improbidade administrativa, além de ser comando

e a decisão precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. **Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras.** Vedação ao *bis in idem*. 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens. (Grifou-se). (STF - Rel: 41557 SP 0095236-89.2020.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 15/12/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 10/03/2021)

⁴⁷ § 5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.

⁴⁸ V - Considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente;

⁴⁹ § 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*.

constitucional, há determinação de que, quando emanada em outro feito decisão benéfica para o réu, gerará efeitos na ação de improbidade administrativa. Ou seja, na ação de improbidade administrativa pode se chegar à conclusão de que o fato não ocorreu e na ação penal pode haver condenação, ou vice-versa.

Aspecto interessante que está positivado na nova legislação para a geração de efeitos benéficos para o réu quando previsto no § 4º do art. 21 é que a absolvição em ação em que se discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada - mesmo sem o trânsito em julgado e com a possibilidade de reforma - impede o trâmite da ação da qual trata esta lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previsto no art. 386 do CPP; até mesmo pela ausência de provas, que é o inciso II do citado artigo, já que a lei não excepciona esta hipótese.

Observe-se que, em tese, se não se conseguiu provar o fato na esfera penal, mesmo que se fosse possível prová-lo na ação de improbidade administrativa, tal hipótese estaria vedada por expressa disposição de lei.

Não houve previsão de efeitos para a extinção da punibilidade operada no âmbito do processo penal, sendo a mais relevante a prescrição, que é extinção do poder estatal de punir pelo decurso de tempo. Mas nem poderia. A extinção da punibilidade sequer tem como objeto o fato e, se ocorrer no processo penal, dificilmente não ocorreria na ação de improbidade em razão do prazo bem menor.

Importante ainda destacar o cuidado que o legislador teve com a sanção a ser imposta ao réu quando da procedência do pedido na ação de improbidade. Observe-se que, como a ação não tem natureza penal, a terminologia mais adequada é a procedência do pedido e não “condenação”. Nada obstante a Nova Lei se utilize de terminologia que a aproxime por demais do processo penal.

A abordagem do tema tem relevância para o momento em que se examinará a retroatividade da nova legislação, reconhecidamente mais benéfica, sob o prisma da natureza punitiva e sancionatória da ação de improbidade administrativa que se harmoniza com o direito penal.

2.5.4 PARTIDOS POLÍTICOS

Em que pese o objeto precípua do presente trabalho destinar-se à discussão dos efeitos nos processos já em andamento no judiciário brasileiro, mormente no que concerne à aplicação do Direito Administrativo Sancionador no que tange à alteração na tipologia dos atos de improbidade administrativa bem como no instituto da prescrição, há um aspecto contemplado na reforma da Lei de Improbidade Administrativa que não deve deixar de ser citado que foi o afastamento expresso do polo passivo das ações de improbidade dos Partidos Políticos conforme o art. 23-C:

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

Aqui um problema sério que certamente terá que ser enfrentado pelo e. STF já que envolve uma possível inconstitucionalidade por ofensa à igualdade.

Ocorre que os entes que recebem recursos públicos são sujeitos passivos em potencial dos atos de improbidade administrativa conforme a lei. Contudo há uma peculiaridade em relação aos partidos políticos, que são pessoas jurídicas de direito privado, e que recebem recursos públicos através do Fundo Partidário. Tal verba deve ser destinada a fins específicos e será objeto de prestação de contas à justiça eleitoral. Também os partidos políticos são destinatários do Fundo de Financiamento de Campanha que compensou a proibição imposta pelo e. STF de que pessoa jurídica doasse nas campanhas eleitorais. O argumento para a proibição é de que pessoa jurídica não vota e, portanto, não pode doar para campanha política. A criação deste Fundo compensou essa proibição de doação de pessoas jurídicas.

Pois bem. Se a receita dos partidos políticos é desses fundos que são públicos, que têm destinação especificada na lei e será objeto de prestação de contas à justiça eleitoral, decorrência lógica é que poderiam ser sujeitos passivos de ação de improbidade administrativa.

Contudo o art. 23-C afasta essa possibilidade.

Mas não afasta explicitamente. Pior que isso. Dissimula esse afastamento porque remete à Lei nº 9.096/95 que não contém dentre seus objetivos responsabilização nos moldes da Lei de Improbidade Administrativa.

A conclusão é uma: a instituição de imunidade à responsabilização por improbidade administrativa para determinadas pessoas, quais sejam, os partidos políticos. A probabilidade de exame da constitucionalidade desse artigo pelo e. STF é alta precipuamente em função da ofensa à igualdade. Determinadas pessoas estarão imunes à responsabilização por improbidade administrativa, mesmo estando na condição de recebedores de recursos de fundos de natureza pública.

Aspecto preocupante que não pode deixar de ser mencionado, já que a aprovação da lei foi feita justamente pelos filiados a partidos políticos, aproximando-se da atividade legislativa em causa própria.

2.5.5 INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA

Alteração importantíssima constante da reforma foi o afastamento da responsabilização por ato de improbidade administrativa pelo mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem a comprovação de ato doloso com o fim ilícito pelo § 3º do art. 1º⁵⁰.

Utilizando-se das expressões e termos do direito penal e processual penal, já que a reforma aproximou a improbidade administrativa do direito penal, a individualização da conduta há que ser articulada no exórdio.

No direito penal a imputação há que ser pormenorizada, isto em respeito inclusive ao direito de defesa que, se inobservado, deve resultar no aditamento ou, se persistir, na rejeição da denúncia.

Não raras as vezes, a propositura da ação de improbidade administrativa continha no polo passivo pessoas que nele eram inseridos única e exclusivamente em razão de algum cargo ou alguma posição que ocupavam na administração e que não tinham nenhuma proximidade com o fato apontado ímprobo. Incluía-se, por exemplo, o prefeito por algum fato ocorrido na comissão de licitação, única e exclusivamente por ser o prefeito.

Não se defende que o prefeito não possa ser incluído no polo passivo de ação de improbidade administrativa em função de algum fato ocorrido na comissão de licitação, mas seu

⁵⁰ § 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa

comportamento, sua conduta tem de ser descrita e individualizada; até para que possa se defender.

Inolvidável que excessos ocorriam já que a atuação humana é falha.

Contudo, o excesso não pode dar ensejo à extinção do instrumento; corrige-se o excesso. Foi o que aconteceu com a exigência da imputação pormenorizada.

Houve evoluções e involuções na lei em relação ao combate à corrupção, aos atos de improbidade e à ilegalidade qualificada pela má-fé do administrador, terminologias usadas para expressar a ideia do que se deseja repreender e coibir.

A imputação definida e a necessidade da individualização da conduta do requerido, era aspecto inócua até então na lei. Implicitamente indispensável, por óbvio, mas como não era explícito, era inobservado com frequência.

Neste ponto andou bem o legislador. Era um foco de abusos quando da propositura da ação. A individualização da conduta é um direito do imputado e sua deficiência compromete um direito fundamental consagrado na Constituição da República que é o do devido processo legal e da ampla defesa; se o requerido não conhece a imputação como pode se defender?

Tal aspecto foi expressamente contemplado no inciso I do § 6º do art. 1º⁵¹. Já era ínsito à sistemática da ação de improbidade administrativa antes da Reforma, mas sua explicitação é boa. Manifestação expressa do devido processo legal e da ampla defesa que deve permear o ordenamento jurídico e informar o proceder no âmbito judicial, principalmente sancionador.

Na mesma toada, de expresse afastamento do polo passivo sem o declínio do comportamento doloso caracterizador do ato de improbidade, daqueles que efetivamente concorreram para o ato de improbidade administrativa. O § 1º do art. 3º⁵² contempla os sócios, cotistas, diretores e colaboradores das pessoas jurídicas de direito privado. A não ser que efetivamente tenham praticados condutas que se subsomem à nova tipologia de atos de improbidade.

⁵¹ § 6º A petição inicial observará o seguinte:

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;;

⁵² § 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação.

2.5.6. INTERROGATÓRIO

Objeto relevante contemplado na Reforma da Improbidade Administrativa foi a instituição da manifestação do réu com sendo um direito. O interrogatório, em vez de uma possibilidade, como seria no depoimento pessoal, que comportaria até mesmo a pena de confissão na seara cível, foi definido como um direito do réu.

Observe-se a indisfarçável adoção, no § 18º do art. 17 da Lei nº 14.230/2, da manifestação do réu como interrogatório⁵³. Com todas as prerrogativas e garantias do processo penal; mas não é penal.

Carreada a garantia, sequer há necessidade de se socorrer ao previsto no § 4º do art. 1º de aplicação ao sistema de improbidade dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. Há previsão na alínea “g” do art. 8º⁵⁴ da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica. Direito à não autoincriminação. Tal encontra correspondência no inciso LVIII do art. 5º da Constituição da República⁵⁵. Repete-se a ideia no art. 186 do CPP⁵⁶.

Curioso destacar o confronto desta regra com o previsto no § 18 do art. 17 da lei⁵⁷ que consagra o interrogatório como um direito do réu com correspondência com o item 01 do art. 8º⁵⁸ da mesma Convenção.

⁵³§ 18. Ao réu será assegurado o direito de ser interrogado sobre os fatos de que trata a ação, e a sua recusa ou o seu silêncio não implicarão confissão.

⁵⁴2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

⁵⁵LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

⁵⁶Art. 46. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

⁵⁷§ 18. Ao réu será assegurado o direito de ser interrogado sobre os fatos de que trata a ação, e a sua recusa ou o seu silêncio não implicarão confissão.

⁵⁸Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ou seja, o réu tem o direito de ser interrogado, mas também o de permanecer calado sendo que não haverá nenhum prejuízo se assim desejar se comportar.

Aparentemente incongruente, a explicação é que, com a natureza não penal da ação de improbidade administrativa por força constitucional, a manifestação do requerido seria classificada como depoimento pessoal, prova que somente seria produzida com o requerimento da outra parte; no caso o Ministério Público.

Se tal prova oral não fosse requerida poderia não haver a manifestação do requerido. O que se buscou foi a produção da manifestação do requerido independentemente do requerimento do Ministério Público. Contudo, na hipótese de silêncio, impossível a aplicação da pena de confissão, própria do depoimento pessoal na ação civil, já que a lei expressamente veda prejuízo para o comportamento do réu de permanecer calado.

Evidente é a proximidade e a adoção de institutos próprios do Direito Penal. Suas características e garantias, mormente por mandamento constitucional a ação de improbidade administrativa não tenha natureza penal apesar de reconhecidamente sancionatório pelo § 4º do art. 1º da Nova Lei.

Aliás a aproximação com o direito penal ficou evidente em outros pontos da lei.

Exemplo disso é a palavra “dosimetria” no inciso V do art. 17-C⁵⁹. Ora, em nenhum momento a lei disciplina a dosimetria das “sanções” tal qual o faz o art. 68 do CP⁶⁰ que consagrou o método trifásico de individualização da pena de Nelson Hungria. A referência à proporcionalidade e ao correspondente no direito penal à individualização da pena é quando a lei no seu art. 12 prevê aspectos a serem considerados quando da aplicação das sanções a exemplo da multa no seu § 2º que pode ser duplicada quando ineficaz para a reprovação ou prevenção do ato de improbidade⁶¹.

⁵⁹V - Considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente;

⁶⁰Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁶¹§ 2º A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do caput deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade.

Outro exemplo é a previsão de agravantes e atenuantes na alínea “e” do inciso IV do mesmo artigo 17-C⁶². Não há previsão da nova legislação de circunstâncias agravantes ou atenuantes. Será que o juiz da ação de improbidade administrativa deve se utilizar do reconhecimento das circunstâncias reconhecidas no juízo penal? Será que deve utilizar as circunstâncias previstas no art. 61 e seguintes do CP? O presente trabalho intenciona examinar as consequências precipuamente da retroatividade benéfica nos processos de improbidade administrativa já em curso sob o prisma da nova tipologia e prescrição. A questão das citadas circunstâncias agravantes e atenuantes é por demais enigmática para compor o objeto do presente.

No § 11 do art. 16⁶³ o legislador utilizou a palavra “acusado”, uma única vez em toda a lei, terminologia própria do processo penal.

O que se busca é evidenciar a proximidade com o processo penal.

2.6. DA NOVA TIPOLOGIA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Até a edição da nova Lei de Improbidade Administrativa n° 14.230/21, a definição legal dos atos de improbidade constava da Lei n° 8.429/92 que, basicamente, encerrava comportamentos dolosos nos artigos 9ª até o 11 e, comportamento culposo no artigo 10. O dolo exigido era o genérico sendo desnecessário a demonstração de qualquer finalidade específica de se atingir qualquer objetivo individualizado ou resultado, bastando que o comportamento fosse resultado de ato intencional do agente de produzir a conduta.

Há também previsão no art. 52 da Lei n° 10.250/01 que é o Estatuto das Cidades, em relação à responsabilidade fiscal, no art. 73 da Lei Complementar n° 101/2000 e em relação à igualdade no processo eleitoral conforme o § 7º do art. 73 da Lei n° 9.504/97.

Menção também seja feita à impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância penal no âmbito da improbidade administrativa.

⁶²e) as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

⁶³§ 11. A ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresária ao longo do processo. (Grifou-se).

Outro aspecto relevante era a solidariedade quanto à multa civil e para o ressarcimento ao erário. Também havia, conforme mandamento constitucional, previsão da penalidade de suspensão dos direitos políticos para os atos de improbidade⁶⁴.

Estes, em apertada síntese, os contornos do ato de improbidade administrativa até o advento da Lei nº 14.230/21 que deu novos contornos às condutas. Houve uma série de aspectos para a nova caracterização do ato reputado ímprobo.

2.6.1 DO ELEMENTO SUBJETIVO

Das alterações na tipologia rapidamente descritas acima, sem dúvida, a que mereceu maior destaque, no que tange ao elemento subjetivo, foi a extirpação da culpa do art. 10. De longe alardeada por todos os comentários e referências às alterações feitas pela nova Lei. Nem mesmo o erro grosseiro ou a culpa grave compõem mais a tipologia do ato ímprobo com a Lei nº 14.230/21.

Há que se consignar entendimentos divergentes como o de Fábio Medina Osório que é refratário à eliminação dos tipos culposos na Lei de Improbidade Administrativa em razão de que há um dever, não só de probidade, mas também de eficiência. Se a eficiência é comprometida, mesmo por culpa, o comportamento subsume-se à improbidade. O autor desenvolve o raciocínio relacionando improbidade administrativa com o crime de peculato que prevê a modalidade culposa para concluir que, se há previsão legal para crime contra a administração na modalidade culposa, não há nenhuma irregularidade na previsão de ato de improbidade administrativa culposa.⁶⁵ O entendimento mais recente encontrado na pesquisa deste trabalho foi sufragado quando de palestra no dia 04/08/22 no XIV Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais⁶⁶ sobre “Compliance anticorrupção empresarial” publicado em 24/08/22. Não obstante o congresso tenha como objeto anticorrupção empresarial, durante a explanação o doutrinador declinou tal entendimento.

⁶⁴§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível

⁶⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=Yd0BULmz440&t=967s>. A partir de 16 min.

⁶⁶ <https://site.ammp.org.br/index#timelineammp>

Em sentido diametralmente oposto Rodrigo Valgas dos Santos quando afirma que: “Nunca se ouviu dizer que alguém seja desonesto por acidente, sem desejar sê-lo”. (Lei de improbidade administrativa reformada / coordenação Augusto Neves Dal Pozzo e José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo. Thomson Reuters. Brasil, 2022. p.263.)

Contudo, majoritariamente na doutrina e jurisprudência, pela própria definição de improbidade que se relaciona com a inocorrência da culpa, realmente parece destoante da essência do que se busca reprimir e punir com a improbidade administrativa que é o administrador desonesto. O comportamento em confronto com o interesse público colocando-o em segundo plano em relação ao interesse privado.

Observe-se que, transportando-se o raciocínio para o Direito Penal, a regra é a punição para o comportamento doloso e, apenas quando expressamente previsto em lei é que a culpa será apenada conforme consta do parágrafo único do art. 18 do CP.⁶⁷

De certa maneira desarmônico o apenamento pela culpa em atos de improbidade já que improbidade se relaciona com desonestidade que intrinsecamente contém intenção, inexistente na culpa.

Até mesmo nos crimes contra a administração pública, Título do Código Penal onde está inserida a corrupção (art. 317) que é “Dos Crimes Contra a Administração Pública” consta apenas um crime apenado também pela culpa que é o peculato (art. 312).

Isto evidencia que realmente a previsão da culpa como caracterizadora de ato de improbidade por conduta não encontra correspondência com sua essência.

A extirpação da culpa é consequência, não só da não constância do artigo 10, mas também da previsão apenas do dolo como requisito caracterizador do ato ímprobo. É bem verdade, não houve uma sistematização ideal já que a previsão consta dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º da lei apenas do dolo.

Contudo o dolo previsto não é o dolo geral, em sentido amplo, mas apenas o dolo direto. Se a alteração na tipologia fosse apenas com a extirpação da culpa, em harmonia com a essência do

⁶⁷ Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

ato de improbidade, teria andado bem o legislador. Mas houve um peso na mão quando, além de eliminar a culpa eliminou também o dolo eventual.

Novamente um paralelo com o Direito Penal; o dolo é dividido em direto e eventual. Aquele relativo à vontade livre e consciente de praticar a conduta no objetivo de alcançar o resultado pretendido enquanto que esse relativo à previsibilidade e assunção de risco.

Ora, quando o legislador dispõe no § 2º do art. 1º que: “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”, está afastando a previsibilidade e assunção de riscos desacompanhada da vontade livre e consciente de se comportar de maneira a alcançar o resultado ilícito.

Não é assim no Direito Penal.

Pelo inciso I do artigo 18 do Código Penal o dolo punido compreende não só a vontade livre e consciente de alcançar o resultado mas também quando o agente assumiu o risco de produzi-lo⁶⁸.

A conclusão a que se chega é que, agindo desta forma, o legislador delineou o comportamento da improbidade como mais gravoso que o crime já que, não só extirpou a possibilidade de apenamento por conduta culposa, mas apenas dolosa e, caracterizou o dolo como sendo apenas o dolo direto concernente apenas a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito.

Em certas situações o dolo específico é duplo como no caso do inciso IV do art. 11⁶⁹.

O legislador sem qualquer dúvida quis restringir a incidência do ato de improbidade administrativa. A exigência do dolo direto e em alguns casos o específico deixa bem mais difícil o trabalho para quem tem o ônus de imputar a conduta ímproba porque há muito mais elementos a serem deduzidos e comprovados.

⁶⁸ Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

⁶⁹ VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

É preciso que seja dito que uma das motivações para que a lei não tenha tantos requisitos para a caracterização do ato de improbidade administrativa é justamente a dificuldade, em alguns casos, clara impossibilidade, de comprovação de certos aspectos.

Observe-se o caso do inciso VII do art. 9º que tipifica a aquisição para si ou para outrem bem de qualquer natureza decorrente dos atos descritos no caput do artigo 9º com valor desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução.

Na redação anterior à reforma, o ato ímprobo era apenas a aquisição sendo desnecessária a comprovação da origem dos recursos decorrerem de atos descritos no *caput* do art. 9º. Isto porque a simples aquisição já é evidenciadora da improbidade. Além disso, a comprovação da prática do ato ímprobo que deu origem ao recurso já é, redundantemente, caracterizadora do ato de improbidade. Não é necessária a aquisição de qualquer bem para tal caracterização.

Mas o que se quer realçar é que na redação anterior apenas a aquisição, por si só, era improbidade. Isto porque era uma tarefa quase impossível a comprovação da origem ilícita dos recursos além de ser uma conclusão lógica; se o agente público adquire bens de valor desproporcional à sua renda, por óbvio ocorreu ato de improbidade. Nunca afastada a possibilidade justa de comprovação da origem lícita dos recursos sendo desnecessária a previsão no artigo de prova em contrário; seria uma ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

O que se quer dizer é que determinados atos de improbidade administrativa na lei antiga, como o inciso VII do art. 9º em questão, eram atos de improbidade por si só e dispensavam a comprovação da origem ilícita porque era praticamente impossível de ser feita. Na nova lei, não só há que ser comprovada, tornando inócua a aquisição já que a origem ilícita, por si só, já é ato de improbidade administrativa.

Evidente a intenção do legislador de dificultar a condenação por atos de improbidade administrativa. Não se nega que havia excessos e distorções aqui e acolá, mas, diz-se que o direito é pendular e, a Nova Lei de Improbidade Administrativa é que cometeu excessos dificultando de sobremaneira as condenações por improbidade.

Se há abusos, devem ser corrigidos e não se comprometer o uso de tal maneira que torne praticamente impossível a condenação por improbidade. O mal uso não deve impedir o uso; corrige-se o abuso.

Tal aspecto descaracteriza o Direito Penal como sendo a última ratio em dissonância com o princípio da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.

Por esses dois princípios, em linhas gerais, o que se institui é que o Direito Penal é aquele que se ocupa dos comportamentos mais gravosos. Por ele, Direito Penal, não devem passar condutas menos graves que devem ser tratadas por outros remédios ou esferas jurídicas como por exemplo a administrativa. Observe-se que o Estatuto da Criança e Adolescente contém não somente crimes, mas também infrações administrativas. O mesmo ocorre no Código de Trânsito Brasileiro, na Lei de Locações. Há condutas mais e menos graves sendo que aquelas são previstas como ilícitos penais e essas como infrações administrativas.

Mas no que tange aos atos de improbidade administrativa na modalidade culposa do art. 10, verifica-se claramente a ocorrência da *abolitio criminis* cujos efeitos nas ações já propostas têm sua visualização mais fácil.

A inserção do requisito do dolo direto e específico, a caracterização do elemento subjetivo, pela nova lei, ficou mais complexa pela necessidade da sua ocorrência para a caracterização do ato ímprobo. A consequência é, na prática uma *novatio legis in melius*.

Isto em razão de que a inserção de algum elemento na caracterização de um tipo, tornando-o mais complexo, torna as condutas anteriores que não o contemplam atípico.

Imaginemos que o comportamento proibido, o crime, para ser mais fácil o entendimento, seja: Usar camisa.

Todos que incorrem nesta conduta têm a competente denúncia ofertada pelo Ministério Público e recebida. Citados e o desenrolar da ação penal. No curso dela, o tipo penal muda para: Usar camisa preta.

De agora em diante nem todos os que usarem camisa serão denunciados, mas apenas os que estiverem usando camisa preta, por óbvio.

Contudo, dentre aquelas ações penais já em curso há casos em que os réus usavam camisa preta e outros não. Aqueles que não usavam camisa preta, poderão manejar o argumento de que não usavam camisa preta e, verificado, não serão condenados. Isto porque agora somente é punível o uso de camisa preta e, pelo princípio da isonomia, não é possível que duas pessoas sejam apenadas diferentemente pelo mesmo fato apenas em razão do momento em que o cometeram. Também fica difícil sustentar a condenação por um fato que o próprio Estado não o considera mais grave a ponto de ser apenado. A exceção são as temporárias e excepcionais previstas apenas no Código Penal no seu artigo 3º; a ultratividade da lei penal.⁷⁰

Contudo, há aqueles que estavam usando camisa preta antes da promulgação da nova lei e, como tal elementar não era prevista, mesmo que ocorrente poderia não estar na imputação. Ou poderia até mesmo constar da imputação, mas como era irrelevante, o requerido poderia não ter se defendido dela. No caso da nova tipologia dos atos de improbidade administrativa, mesmo se o dolo com os contornos exigidos pela nova lei tivesse ocorrido, poderiam não estar articulados no exórdio da ação de improbidade. Ou, se ocorrentes e deduzidos na imputação, deles poderia não ter se defendido o requerido já que irrelevantes para a caracterização do ato de improbidade. Como se fosse uma “curiosidade”, irrelevante, da qual o réu poderia não ter deduzido nenhuma resistência justamente por ser irrelevante.

Nessa hipótese, não há outra opção senão a abertura de vista ao polo ativo para o aditamento da inicial ou da denúncia para que a imputação contemplasse a nova elementar e, em relação a ela, fosse oportunizada a defesa do requerido em homenagem ao devido processo legal e à ampla defesa, que são princípios constitucionais do direito sancionador, em sentido amplo, do qual fazem parte o Direito Penal e a Ação de Improbidade Administrativa.

Por óbvio haveria que ser observado o lapso do prazo prescricional. Nada obstante o tipo experimentasse a inserção de um elementar, o termo inicial da prescrição, em regra é a data do fato definido pela lei vigente à data do fato.

Uma possibilidade é que, no caso da conduta de usar camisa preta, a insurgência da elementar tenha ocorrido, mesmo com o processo ainda em curso, já tendo transcorrido o prazo prescricional. Neste caso, com a abertura de vista para o polo ativo, não restará outra opção

⁷⁰ Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência

senão requerimento de reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição.

Outra possibilidade, para se melhor vislumbrar a situação é, no processo penal, quando exurge alguma elementar que dá novos contornos ao fato. Por exemplo, um furto que é a subtração de coisa alheia móvel merece a competente denúncia e curso processual. Na instrução exurge o aspecto da violência que, junto com a subtração da coisa alheia móvel, subsume o fato ao crime de roubo. A consequência adequada nesta situação é a abertura de vista ao Ministério Público para aditamento da denúncia. Mesma situação quando de um processo por lesões corporais e na instrução surgem elementos que levam o Ministério Público a entender pela ocorrência do crime de homicídio tentado. A consequência é a mesma: abertura de vista ao Ministério Público para aditamento. Sempre tendo que ser aferido o transcurso ou não do prazo prescricional.

Pois bem, a inserção do dolo direto na caracterização do ato ímprobo tem essa consequência. Tornou a conduta mais complexa e, os processos já ajuizados, mesmo que ocorrente tal elementar, podem não ter sido articulada no exórdio e deve ser aberta vista ao polo ativo para, se não ocorrente a prescrição, tendo como termo inicial do prazo o dia do fato, tal qual determinado pela nova lei, possa ocorrer o aditamento da inicial e reinício da relação processual com citação e nova oportunidade de defesa do requerido; outra solução ofenderia o devido processo legal e a ampla defesa.

Menção seja feita à sistematização deficiente do legislador ao estruturar a lei em relação à exigência do dolo direito como elemento subjetivo do tipo na ação de improbidade já que previu o dolo em quatro preceitos esparsos

Constou dos parágrafos 2º e 3º do art. 1º⁷¹. Depois nos parágrafos 1º e 2º do art. 11⁷². Observe-se que enquanto os parágrafos do art. 1º se referem especificamente aos artigos 9º, 10 e 11 da lei, o art. 11 se refere a todos os atos de improbidade administrativa, inclusive aos previstos em

⁷¹§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

⁷²§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

leis especiais. Ou seja, enquanto os parágrafos do art. 1º parece dirigir o dolo para os dispositivos da lei, o art. 11 da mesma lei o dirige a todos, até mesmo aos previstos em lei especial.

Não fosse o suficiente, o § 1º do art. 17-C⁷³ ainda arremata, repetindo a ideia.

Na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro já havia a semelhante previsão no art. 28⁷⁴ mas contemplando também o erro grosseiro. A lei de improbidade agora restringe a caracterização do ato ao dolo, mas apenas ao dolo direto excluído o dolo eventual.

Aqui uma situação semelhante à extirpação da culpa. Se a ação de improbidade foi proposta tendo como base um ato de improbidade, não com vontade livre e consciente do agente de alcançar o fim ilícito, mas com base na previsibilidade indiscutível das consequências do ato associada à assunção do risco quando efetivamente do implemento dele, nesta hipótese, a solução será a mesma de uma ação proposta com base no elemento subjetivo culpa: *abolitio criminis*. Isto porque, sendo repetitivo, ato de improbidade administrativa, pela reforma da Lei nº 14.230/21, somente por dolo direto que é a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilegal; previsibilidade e assunção de risco não se harmoniza com vontade livre e consciente e, por conseguinte, com ato de improbidade administrativa na atualidade.

2.6.2 DA TAXATIVIDADE DO ROL DO ART. 11

Além da modificação em relação ao elemento subjetivo, deve ser destacado ainda que o rol do art. 11, relativo a ofensa a princípios da administração, passou a ser taxativo mantendo-se o rol como exemplificativo nos artigos 9º e 10.

A principal motivação em relação a tal modificação é a abertura e porosidade do artigo 11 que, além de ser relativo a princípios, um conceito subjetivo, ainda era exemplificativo. Ou seja, uma amplitude imensa que gerava uma tensão enorme para os administradores que não eram desonestos, mas temerosos de que a conduta pudesse ser objeto de propositura de ação de improbidade pelo Ministério Público. Acabavam por não praticar o ato.

⁷³ § 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.

⁷⁴ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Esta situação deu origem ao fenômeno chamado “apagão das canetas” que era a inércia do administrador, não por ser omissivo ou desmotivado, mas pelo receio nele inculcido de que seu comportamento pudesse ser alvo de ação de improbidade.

O receio quando da tomada de uma decisão considerando o risco, não de suas consequências, mas de ser mal interpretada, principalmente pelo Ministério Público com a propositura de ação de improbidade, gerava inércia na atuação e nas decisões que é o que se chama de “apagão das canetas” ou “paralisia decisória”.

O administrador probo e honesto poderia ser incluído no polo passivo de uma ação de improbidade simplesmente porque o Ministério Público discordava da sua conduta que, mesmo sem ofensa evidente à lei, a subsumia a violação de princípios; e pior, uma subsunção não exata com o auxílio da natureza exemplificativa do artigo 11.

Realmente a exposição do administrador, probo, era imensa.

Não raras as vezes, a ação de improbidade administrativa era proposta e o membro do Ministério Público da promotoria responsável pelo ajuizamento da ação se removia ou se aposentava e o novo membro do MP na ação pedia a improcedência do pedido. Comportamento perfeitamente possível em face da independência funcional dos membros do MP insculpido no § 1º do art. 127⁷⁵ da Constituição da República.

Em outras oportunidades o membro do Ministério Público, aqui já uma disfunção da ação de improbidade, sequer instaurava o inquérito civil para a apuração do fato e propunha a ação de improbidade direto, negando ao gestor a oportunidade de externar sua motivação. Na prática transformava o processo em inquérito, porque naquele é que a prova exsurgia e o próprio membro do Ministério Público que firmava o exórdio pedia a improcedência do pedido.

A situação encerrava em si uma degeneração do sistema já que, majoritariamente, o mérito do ato administrativo é privativo do administrador. O Ministério Público, mormente em relação ao controle de legalidade é que deveria se mover; contra o administrador desonesto. Contra o gestor ruim, aquele que faz escolhas erradas, o controle é feito pela população nas urnas. De outro modo o Ministério Público acaba sendo, em última análise, o administrador arrastando consigo o Poder Judiciário que era obrigado a se manifestar sobre um ato administrativo sem

⁷⁵§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

uma ilegalidade evidente, já que era invocada uma ofensa a princípio. Um desvirtuamento do sistema porque gerava um controle judicial da gestão pública.

A consequência como já dita era uma inação do administrador e uma paralisia da administração pública. A lógica do gestor é simples. Se nada faço, não posso ser responsabilizado. Este pensamento em si se harmoniza com violação de princípios já que segundo Seabra Fagundes, “administrar é aplicar a lei de ofício”. A inércia não se harmoniza com administrar.

Outro fenômeno digno de nota com relação ao apagão das canetas, consequência da porosidade do art. 11 da Lei 8.429/92 é o Direito Administrativo do Medo teoria cunhada por Rodrigo Valgas dos Santos⁷⁶. O medo se espalhou na Administração Pública. Os agentes que detêm algum poder decisório ou que participam em fases de qualquer procedimento do Estado mais sensível aos olhos e que chama mais atenção de órgãos controladores têm verdadeiro pânico dessa atividade.

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern:

“É possível indicar, pelo menos, 4 espécies de medo dos agentes públicos.

Em primeiro lugar, o agente público possui o medo das consequências de suas ações para a própria Administração Pública. Ou seja, possui receio de que a sua conduta seja prejudicial ao interesse público em vez de tutelá-lo. Dessa forma, a sua inclinação é agir com maior parcimônia e responsabilidade a fim de evitar falhas.

De outro lado, o agente público teme as consequências dos atos para terceiros, isto é, os efeitos colaterais de sua conduta que não são passíveis de mensuração pelo atual estado da arte. Destarte, esse medo vincula-se ao princípio da precaução, as sociedades de risco, a aversão a perda, a indiferença a probabilidade e aos efeitos sistêmicos.

A terceira espécie de medo relaciona-se com os efeitos eleitorais das condutas do agente público. O agente político, como qualquer homem racional e econômico, tende a maximizar os seus próprios interesses. Assim, as suas condutas são voltadas a conseguir os votos necessários a perpetuação no poder.

Já o quarto tipo de medo se conecta com as consequências pessoais dos atos praticados pelo agente público. Esses efeitos possuem duas acepções: a) a primeira remete ao risco quanto a integridade física do agente público, ameaçada por decisões

⁷⁶ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Direito Administrativo do Medo/ Rodrigo Valgas dos Santos – 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais.

administrativas quem contrariam interesses legítimos ou não de grupos específicos; e b) ao risco de responsabilização pelos Órgãos de Controle por decisões ou atos administrativos fundada em divergência relevante na doutrina e jurisprudência dos Tribunais e Cortes de Contas, mas que no entendimento do agente público é legítimo e adequado ao ordenamento jurídico.”⁷⁷

Uma espécie de proteção para o medo do administrador que gera o apagão das canetas foi a edição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos seus artigos 20 e 28⁷⁸ que deixou claro que a responsabilização seria apenas naquelas situações em que agir com dolo ou erro grosseiro. A reforma na Lei de Improbidade Administrativa restringiu a responsabilização por improbidade ao dolo direto. Não é que o administrador não será responsabilizado pelo erro grosseiro; somente não será responsabilizado por improbidade administrativa. Incorrendo em culpa ou erro grosseiro haverá responsabilização, mas não por improbidade administrativa.

Pois bem. Esta porosidade, termo mais utilizado para caracterizar os antigos contornos do art. 11, foi “preenchido”, deixando as condutas taxativas e bem certas condizentes com o direito sancionador; como no Direito Penal. É certo que há elementos normativos. Mas essa amplitude, harmônica com princípios que já é um conceito fluido e subjetivo, deu lugar a uma taxatividade conferindo-lhe mais certeza na direção da segurança jurídica.

A limitação na caracterização do ato ímprobo diminuiu a insegurança dos agentes nos seus atos decisórios e de execução.

Andou bem o legislador neste ponto. A taxatividade de uma só vez afastou a subjetividade em relação à interpretação da ofensa aos princípios e a analogia decorrente do rol exemplificativo dando mais segurança e certeza em todo o contexto da improbidade administrativa; não só para o agente político quando de sua atuação e comportamento durante a administração, mas também para o Ministério Público quando da imputação e para o Judiciário quando do exame do ato apontado ímprobo.

⁷⁷O MITO DO “QUANTO MAIS CONTROLE, MELHOR” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende e Halpern, Erick. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf

⁷⁸Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

(...)

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

2.6.3 DA LESIVIDADE RELEVANTE AO BEM JURÍDICO TUTELADO

Em um primeiro momento este aspecto pode não parecer relevante já que alardeado com muito mais vigor a alteração na tipologia dos atos de improbidade administrativa afastando a culpa e a instituição da prescrição, principalmente a intercorrente.

Contudo, a lesividade relevante tem reflexos na caracterização do ato de improbidade uma vez que, não estando presente, mesmo o ato subsumindo-se às hipóteses legais de improbidade, restará descaracterizado.

O instituto consta do § 4º do art. 11 da Lei nº 14.230/21 que dispõe que: “Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.”

Tem correspondência no penal com o princípio da insignificância ou da bagatela que decorre do entendimento de que determinadas condutas, apesar de se amoldarem perfeitamente ao tipo penal tem uma ofensividade ou lesividade jurídica pouco expressiva ou mínima a justificar o processamento e apenamento do agente. É uma expressão da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal já que se destinará apenas às condutas mais graves. Já nos referimos a esses dois princípios do direito penal quando da análise da alteração do elemento subjetivo dos atos de improbidade, não só extirpando a culpa, aspecto mais alardeado, mas também o dolo eventual. Contendo os atos de improbidade apenas o dolo direto consistente na vontade livre e consciente de atingir o resultado pretendido, o regime da improbidade administrativa ocupa-se das condutas mais graves o que de certa maneira nega a subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal.

Mas voltando ao princípio da insignificância, a jurisprudência assentou que depende do reconhecimento de que a ação não apresenta perigo social, não é ou é minimamente ofensiva, pouco reprovável e inexpressiva a lesão jurídica. Esses os requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância no Direito Penal sendo sua consequência a descriminalização da conduta. A tipicidade material é removida do ato delituoso extinguindo assim o próprio delito. Há países em que o processamento do requerido é mantido, mas apenas a pena não é aplicada mas prevalece no Direito Brasileiro que é causa de exclusão de ilicitude. Exclui o crime tal qual a legítima defesa. Não há crime.

O legislador positivou na improbidade a ideia do princípio da insignificância ou da bagatela.

Ressalte-se que aqui tem lugar o disposto no dispositivo citado, § 4º do art. 11, de que é aplicável aos “atos de improbidade de que trata esse artigo”; artigo 11. Isto em razão de que mesmo que seja insignificante, o ato de improbidade fulcrado nos artigos 10 e 9ª tem de ter a reprimenda correta com a repetição ao erário dos bens caracterizadores do enriquecimento ou da lesão ao erário.

Neste caso, subsumindo-se o ato aos artigos 9º e 10, ainda assim o legislador previu um abrandamento na penalidade a ser imposta ao agente pelas alíneas “b”, “c” e “d” do inciso IV do art. 17-C que prevê que na aplicação das sanções devem ser consideradas a natureza, gravidade e o impacto da infração cometida, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.⁷⁹

Contraditoriamente e na esteira da deficiência na sistematização da lei, o art. 21, I da mesma lei prevê que a aplicação das sanções prevista na lei independe “da efetiva ocorrência do dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e à condutas previstas no art. 10”. Não excluiu o art. 11. Ou seja, nas hipóteses do art. 11, a aplicação da sanção independe da efetiva ocorrência do dano ao patrimônio público. Uma previsão que dificulta o entendimento da intenção do legislador e compromete a certeza e segurança na aplicação da lei na contramão da instituição da taxatividade do art. 11.

Inolvidável e não pode ser omitido já que gritante a nosso sentir é a instituição da razoabilidade e proporcionalidade como aspecto a serem considerados na aplicação das sanções da lei constante da alínea “a” do inciso IV do art. 17-C já transcrita na nota de rodapé 68.

Indiscutivelmente razoabilidade e proporcionalidade são conceitos subjetivos e fluidos. Nas palavras de Rodrigo Reis Mazzei, são “conceitos vagos e indeterminados”⁸⁰; elementos normativos no direito penal.

⁷⁹V - considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa:

- a) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade;
- b) a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida;
- c) a extensão do dano causado;
- d) o proveito patrimonial obtido pelo agente;

⁸⁰MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*; coordenação Freddie Didier Jr. e Rodrigo Reis Mazzei, Salvador, Ed. Juspodivm, 2006. P. LXXXII.

Se a lei instituindo taxatividade no art. 11 veio diminuir a sua porosidade, instituindo razoabilidade e proporcionalidade aumentou-a em relação às sanções.

Contudo, a abordagem em relação à lesividade é pertinente já que compõe a tipologia do ato de improbidade administrativa e, conforme será examinado, tem reflexos nos processos já em curso na medida em que, se houve subsunção à nova hipótese legal, o requerido poderá pleitear a adequação devida até mesmo na fase de cumprimento de sentença.

2.6.4 DA INSIGNIFICÂNCIA NA IMPROBIDADE

Na mesma toada do item acima, fazendo referência ao já citado princípio da insignificância, instituiu a lei, considerando-se a dimensão do ato de improbidade, a possibilidade de aplicação apenas de multa no caso de ato de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados pela lei. Isto, é claro, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos. Consta do § 5º do art. 12.

Novamente há que ser feita referência à deficiente sistematização da lei. Aqui não há uma clara intenção do legislador em conferir benefícios aos agentes já que, há previsão no § 2º do mesmo artigo 12 de que a multa pode até mesmo ser duplicada se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado é ineficaz para a reprovação e prevenção do ato de improbidade.⁸¹

Claramente há uma intenção do legislador de possibilitar uma punição menos traumática e desnecessária quando não houve a necessidade das demais penalidades previstas no mesmo artigo 12, mormente a suspensão dos direitos políticos.

Em síntese, os dois últimos tópicos traduzem a essência de que os atuais contornos do ato de improbidade administrativa incorporam a ideia da insignificância do Direito Penal; de que a consequência do ato ímprobo seja considerável e merecedora da reprimenda da lei sendo até mesmo essa considerada quando do apenamento.

⁸¹ § 2º A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do caput deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade

2.6.5 DA IMPROBIDADE DE HERMENÊUTICA

Novamente relevante para o tema do presente trabalho a improbidade de hermenêutica já que, nos termos da reforma implementada pela nova lei 14.230/21, não caracteriza ato de improbidade administrativa. Pertinente para o tema já que há ações de improbidade administrativa propostas com base neste fato.

A hipótese ganhou relevo com a possibilidade de responsabilização de advogados públicos por pareceres em 2 julgados do STF sendo o primeiro MS 24631/DF relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa.⁸² O julgado contempla 3 tipos de pareceres: o opinativo, o obrigatório e o vinculante no qual o parecerista vai ser responsabilizado junto com o gestor. No caso concreto o parecer não era vinculante então o entendimento é de que o parecerista não responderia com o gestor.

Evoluindo no tema no STF, há um parecer que atrairia responsabilização do parecerista que é o caso do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, onde o parecerista se manifestaria, não para opinar, mas com contornos de ato administrativo aprovando a licitação e ainda assim na ocorrência de dolo ou culpa grave.

O regime teve avanços com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e com a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro no tocante à tal responsabilização deixando evidente a inoccorrência a não ser nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro. Atualmente em curso no Congresso Nacional o PL n° 1.958/22⁸³ que afasta a responsabilização de advogado pela emissão de parecer ou opinião jurídica.

Ponto importantíssimo é que controle excessivo e desmesurado inibe a atividade administrativa. A administração não existe para se proteger dos órgãos de controle, mas sim para atender à sociedade e, inculir qualquer tipo de receio de responsabilização na sua atividade, conspira contra a sua função primária.

Mas em síntese, a improbidade de hermenêutica é uma divergência interpretativa; decorre da subjetividade.

⁸² <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2159173>

⁸³ <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2332074>

Ganhou relevo o tema quando da edição da nova lei de abuso de autoridade que previu expressamente no § 2º do art. 1º da Lei nº 13.869/19 que: “A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”.

A atividade de interpretar a lei e atos normativos bem como apreciação de provas e fatos é pertinente aos operadores do direito que, nesta atuação, não têm como escapar de imprimirem sua carga pessoal de subjetividade. Por óbvio haverá divergências, que não pode caracterizar crime. A atividade jurisdicional é próxima disso sempre sendo possível sua revisão pela instância superior.

Nesta seara há referência de Ruy Barbosa, *verbis*:

“Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do Direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo. (...)”
(Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XXIII, Tomo III, p. 228). ”

Crime de hermenêutica em síntese é a criminalização de interpretação que o agente público faz. Positivada na nova lei no § 8º do art. 1º⁸⁴ claramente que não caracteriza ato de improbidade administrativa tal qual na Lei nº 13.869/19.

Tal aspecto guarda íntima correlação com o fenômeno já descrito de “apagão das canetas” e “Direito Administrativo do Medo” que é a inação, a inércia do administrador em tomar determinada decisão ou atitude em razão de receio de que seu ato comissivo seja entendido

⁸⁴§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. ”

como de improbidade administrativa pelo, principalmente, Membro do Ministério Público; o resultado é a omissão.

Agora na reforma da Lei de Improbidade Administrativa, expressamente previsto como descaracterizado do ato ímprobo.

Nada obstante, o agente pode, amparado neste dispositivo, sob a aparência de tomar determinada decisão ou atitude segundo seu entendimento, estar agindo desonestamente. Ou seja, a prática do ato de improbidade sob a aparência de ser o entendimento do agente. É claro que a prova da prática do ato de improbidade ficará mais difícil porque o agente praticará o ato sob o pálio de fazê-lo pelo seu entendimento, mas não é impossível; é uma questão de prova. Não fosse dessa maneira a prática do ato de improbidade estaria escudada sempre no entendimento do agente. Bastaria a afirmação de que entende que tal decisão ou atitude é a melhor na sua perspectiva para que ficasse imune à improbidade.

O objetivo de tal dispositivo é amenizar a inação, a inércia dos administradores em razão de divergências de subjetividade. Deixar mais claro que o entendimento honesto do gestor, sem qualquer escopo ilícito, tem uma maior proteção contra invocações de improbidade administrativa.

Nesta mesma esteira, o § 3º do art. 1º da Nova Lei dispõe que: “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”

Novamente evidencia-se uma clara intenção do legislador de dar uma maior proteção à atuação do administrador. Esta previsão não impede a propositura de uma ação de improbidade em relação a determinada decisão ou ação do agente público. O Ministério Público sempre poderá propor a competente ação de improbidade administrativa contra determinado ato mesmo sendo previsto nos dois dispositivos acima citados. Isto porque, mesmo com a previsão a atuação sob a aparência de mero exercício da função ou desempenho da função pública pode encerrar justamente o que é previsto como improbidade administrativa. Não há um impedimento para a propositura da ação de improbidade. Não fosse assim estaria ofendido o princípio constitucional do direito de ação ou princípio da ubiquidade. Contudo o agente terá a oportunidade no processo, observadas todas as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, de comprovar que praticou o ato segundo seu entendimento ou no desempenho da função

pública. O objetivo maior da norma é tranquilizar os agentes, honestos, para que exerçam suas funções com mais calma minimizando o “apagão das canetas”.

Por óbvio que tal movimento conferirá também, efeito reverso, uma maior proteção ao agente ímprobo na prática da improbidade. Esse o elemento humano que não há forma de se escapar dele; o maligno existe e sua extirpação é uma luta constante.

Mas da forma que estava o que ocorria era um receio enorme de agentes probos de atuarem. Alguns, competentes, sequer concorriam a cargos públicos ou aceitavam a posição na administração pública fenômeno comum na esfera municipal.

Mas tais dispositivos conferiam um menor desassossego a eles.

2.6.6 EXCLUSÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS EM RELAÇÃO AO ART. 11. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco, direitos políticos são definidos da seguinte forma:

“Os direitos políticos, em sua essência, garantem ao cidadão o direito de participar da vida política do Estado, o que é desdobramento lógico do próprio princípio de que todo o poder emana do povo. Compreendem o direito de votar e de ser votado, o direito de iniciativa das leis, nos casos e na forma previstos na Constituição; o direito de ajuizar a ação popular/ a possibilidade de ocupar o cargo de Ministro de Estado e, por simetria, de Secretário Estadual ou Municipal/ o direito de criar e integrar partidos políticos; e a legitimidade para oferecimento de denúncia em face do Chefe do Executivo pela prática de infração político-administrativa. ” (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. Improbidade Administrativa. 9ª Edição. p. 704.)

É direito fundamental que somente pode ser restringido por força constitucional e no caso da improbidade administrativa o é por força do multicitado § 4º do art. 37 e do inciso V do art. 15 da CF como adiante será visto.

A abertura, a subjetividade, porosidade do art. 11 na redação atual da Lei nº 8.429/92 é muito grande.

Isto em virtude, não somente da essência do artigo que diz respeito a ofensa aos princípios da administração pública, mas também ao rol que era meramente exemplificativo.

Realçado que o rol deixou de ser exemplificativo, passando a ser taxativo, com a retirada do “notadamente” do *caput* do artigo 11.

Tal porosidade causava um receio no agente atingindo sua atuação que em muitas das vezes resultava em inércia; aqui a relação com o “apagão das canetas” e o Direito Administrativo do Medo.

Mas há outro aspecto em relação ao artigo 11 que merece atenção. É com relação à penalidade prevista no inciso III do artigo 12 que deixa de contemplar a suspensão dos direitos políticos.⁸⁵

Observe-se que na redação anterior esta penalidade era prevista⁸⁶ conforme “mandamento constitucional” inserto no § 4º do art. 37 da Constituição Federal⁸⁷ o que gerará certamente debates acerca da constitucionalidade desta nova redação do inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Da Constituição Federal extrata-se em alguns temas, notadamente criminais, comandos para o legislador; são os chamados “mandamentos constitucionais de criminalização”⁸⁸. O Constituinte não prevê, mas determina que o legislador ordinário preveja através de lei, a criminalização de certas condutas. Pode ser citado como exemplo o inciso XLII do art. 5º da Constituição que prevê a criminalização do racismo.⁸⁹ Menção seja feita de que o repúdio ao racismo é um dos princípios que rege a República Federativa do Brasil conforme inciso VIII do art. 4º da CF.⁹⁰

⁸⁵III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

⁸⁶III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (Grifou-se).

⁸⁷§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁸⁸<https://xadrezjur.jusbrasil.com.br/artigos/812598841/mandamentos-constitucionais-de-criminalizacao>

⁸⁹XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁹⁰Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Mas o que se quer realçar é que a Carta da República não prevê crimes; ela determina que o legislador infraconstitucional os preveja, inclusive em relação às penalidades. Observe-se que o Inciso XLII do art. 5º da CF prevê que o racismo será apenado com reclusão. Ou seja, se a Lei nº 7.716/89, que é a lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, previsse penas de detenção e não reclusão, haveria uma inconstitucionalidade porque a Constituição explicitamente determina que o apenamento dos crimes de racismo será por reclusão.

Transportando o raciocínio para a improbidade administrativa, há um “mandamento constitucional” de improbidade administrativa que contém a previsão do apenamento sendo que uma delas é a suspensão dos direitos políticos; consta do § 4º do art. 37 da CF já citado.

Este aspecto encontra-se harmônico com o inciso V art. 15 da Constituição que prevê a improbidade administrativa como uma das causas de perda ou suspensão de direitos políticos.⁹¹

Para o momento o que deve ser considerado é que da nova redação não consta a penalidade de suspensão de direitos políticos para o artigo 11, aspecto relevante já que grande parte das ações de improbidade administrativa são baseadas nele.

Em síntese, no presente tópico o que se quer demonstrar é que a previsão de suspensão de direitos políticos para o artigo 11 não mais existe. Isto em aparente confronto com a Constituição Federal, mas, pertinente para o presente trabalho, cujo objeto é a retroatividade da Reforma da Lei de Improbidade.

Ainda sobre essa questão, penalidade de suspensão dos direitos políticos, há que se mencionar que, mesmo antes da edição da nova legislação sobre improbidade administrativa, ou seja, em vigor ainda a redação original do art. 10 da Lei nº 8.429/92 que previa o ato por improbidade administrativa culposo, houve deferimento de liminar na ADI 6678/DF⁹² pelo Ministro Gilmar Mendes, extirpando a aplicação da suspensão dos direitos políticos para a modalidade culposa do art. 10 e para o art. 11 relativo a ofensa a princípios da administração. Segue dispositivo da decisão, *verbis*:

⁹¹Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

⁹² <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348112399&ext=.pdf>. Disponível em: 19/10/21. Acesso: 07 de jul. 2022.

“Ante o exposto, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário (art. 21, V, do RISTF; art. 10, § 3º, Lei 9.868/1999), com efeito ex nunc (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99), inclusive em relação ao pleito eleitoral de 2022, para:

(a) conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso II do artigo 12 da Lei 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário; e

(b) suspender a vigência da expressão “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/1992. ”

Observe-se.

A constituição previu a edição de lei cujo objeto é improbidade administrativa e suas penalidades; dentre elas a suspensão de direitos políticos. Certo ou errado, a lei previu a modalidade culposa. Ou seja, mesmo por culpa, caracterizado estava o ato de improbidade administrativa e, do inciso II do art. 12, no qual previstas as penas para tal ato, constava a suspensão dos direitos políticos. Contudo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6678/DF mereceu deferimento da medida liminar para afastar a pena de suspensão de direitos políticos aos condenados por improbidade administrativa culposa e por ofensa a princípios, já que houve, em relação ao inciso II, interpretação conforme para extirpar a pena de suspensão de direitos aos atos culposos e, em relação ao inciso III do art. 12, suspender a vigência da suspensão de direitos políticos.

O efeito prático desta medida é a possibilidade de registro de candidatura de candidatos que foram condenados por improbidade culposa e por ofensa a princípios.

Interessante citar a dimensão que a ação de improbidade administrativa atinge. Nada obstante inelegibilidade seja matéria constitucional e reservada a Lei Complementar por força do § 9º do art. 14 da CF⁹³, elegibilidade tem condições segundo o § 3º do art. 14 da CF⁹⁴ e dentre elas está a fruição de direitos políticos. Condenação por improbidade administrativa suspende os

⁹³Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

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

⁹⁴§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

direitos políticos conforme o § 4º do art. 15 da CF⁹⁵. Acresça-se ao já multicitado § 4º do art. 37 que prevê expressamente a suspensão de direitos políticos como pena para os atos de improbidade.

Improbidade administrativa tem reflexo direto nas condições de elegibilidades pela suspensão dos direitos políticos.

Inolvidável que consta também do rol das inelegibilidades da LC 64/90 modificada pela LC 115/2010 e pela Lei 184/2021. Alíneas “g” e “l” do inciso I do art. 1º da LC 64/90.

Mas uma condenação por improbidade administrativa, por força constitucional, atinge-os em cheio. Esse aspecto confere à improbidade administrativa uma importância muito grande; o agente não pode mais se candidatar, não por ser inelegível, mas por não preencher as condições de elegibilidade. Seu pedido de registro de candidatura será indeferido.

A liminar do Ministro Gilmar Mendes teve efeito prático no sentido do deferimento do registro da candidatura nestas hipóteses. Um condenado por improbidade culposa e por ofensa a princípios não terá a penalidade de suspensão dos direitos políticos e, portanto, cumprirá os requisitos de condições de elegibilidade e poderá se candidatar.

A relevância para o objeto do presente trabalho é que um condenado por improbidade administrativa, culposa, não terá suspenso seus direitos políticos, mesmo com o mandamento constitucional, por decisão do e. STF conferindo interpretação conforme à Constituição; uma mitigação ao texto expresso da constituição por interpretação jurisprudencial, atingindo inclusive a coisa julgada.

2.7. PRESCRIÇÃO

2.7.1 CONCEITO E IMPORTÂNCIA

Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves o instituto pode assim ser definido, *verbis*:

“Concebida e aperfeiçoada como um imperativo de ordem pública, a prescrição é fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada.”

⁹⁵Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Partindo-se da premissa de que a pretensão lícita visa à recomposição da ordem jurídica lesada por uma ação ou omissão antecedente, tem-se que todo aquele que contribui para a permanência de uma situação de desequilíbrio, não adotando as medidas necessárias à sua eliminação, deixa de cooperar para a estabilização da ordem pública. O tempo, ademais, além de dificultar a colheita do material probatório enfraquece a lembrança dos fatos e atenua o desejo de punição. Por tais motivos e tendo por objetivo estabilizar as relações jurídicas incertas, evitando que controvérsias sejam perpetuadas, terminou-se por fixar lapsos temporais dentro dos quais haveriam de ser exercidas determinadas pretensões. "(Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. *Improbidade Administrativa*. 9ª Edição. p. 752.)

A prescrição “é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício”. (JESUS, Damásio. *Código Penal Anotado*, 23ª ed., Saraiva, 2016, p. 417).

A prescrição é a extinção de uma pretensão pelo seu não exercício em determinado prazo. Nada obstante

Para Pontes de Miranda:

“é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação; trata-se de um limite imposto para garantir a segurança e paz públicas, relativamente a direitos não invocados durante longo tempo.” (*Tratado de Direito Privado*, tomo VI, § 662, n. 2, ed. Borsoi, 1955, pp. 100/101).

A lógica de prescrição está relacionada à inércia, nesse caso, a estatal.

O Direito Sancionador do Estado é uno.

Subdivide-se em função estatal, principalmente, sobre autoridade competente para presidir o processo.

Processo aqui entendido, mais do que um instrumento do judiciário, como um instrumento de Estado que vai gerar a sentença, a lei ou o ato administrativo; vai depender do poder.

Se um juiz de direito ou não. A classificação é excludente. Se não é um juiz de direito, é administrativo. Mas não se pode confundir improbidade administrativa com a sanção penal e o texto constitucional cuidou de distingui-las expressamente.

Mas no que tange à seara penal, penoso e pesado como é seu processo, surge uma garantia para o cidadão em função do transcurso do tempo que é a perda do direito de punir do estado. É a

ideia de que o tempo sepulta e supera determinadas questões que, em função de sua gravidade, informam o lapso temporal para maior ou para menor.

Aqui uma breve digressão sobre a prescrição penal. Esta subdivide-se principalmente em duas espécies: a punitiva e a executória. Aquela subdivide-se em abstrata, retroativa e superveniente ou intercorrente.

No processo penal o dado para o cálculo do prazo prescricional é a pena e utiliza-se o art. 109 do CP. Cada uma das prescrições tem uma lógica. A superveniente diz respeito à necessidade de que o Estado decida em definitivo o processo que é uma carga absurda para o réu. É uma garantia individual que consta do art. 5º sendo a imprescritibilidade a exceção apenas para crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Isto em razão dos incisos XLII e XLIV do art. 5º da CR.⁹⁶

Mas o que se quer aqui dizer é que o Direito Sancionatório do Estado, exercido através do processo, é um peso muito grande para o indivíduo, mesmo culpado. E como tal, em função do decurso do tempo, se extingue o direito de punir do Estado. Isto em todos os momentos. O marco inicial, em regra, é o fato, informadora da prescrição punitiva em abstrato que vige até o momento da sentença. Em um segundo momento é a sentença que contém a pena em concreto e passará a reger os prazos prescricionais quando transitar para o Ministério Público; este marco para a prescrição retroativa, superveniente e executória.

Contudo, a Constituição da República de 1988 quando instituiu a Improbidade Administrativa quis distingui-la, e o fez expressamente, da ação penal.

Chegou-se à situação de que um mesmo fato, será processado por duas autoridades judiciais. Uma criminal e outra não criminal.

Mas, como não era criminal, apesar de ser punitiva e sancionatória, a própria constituição no seu § 5º do art. 37 da CF⁹⁷ previu a prescritibilidade para os atos ilícitos praticados pelos agentes públicos que causassem prejuízo ao erário.

⁹⁶XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

⁹⁷§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A ideia é a mesma. A regra é a prescritibilidade. E a lei previu a prescrição conforme mandamento constitucional que foi consubstanciado no art. 23 da Lei 8.429/92, *verbis*:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei. ”

O mandamento constitucional foi cumprido, mas o legislador entendeu pela sua alteração conforme nova redação do art. 23.

2.7.2 NOVO TERMO INICIAL

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa destrinchou e esmiuçou mais detalhadamente os prazos prescricionais dando novos contornos ao regime prescricional da improbidade administrativa.

O primeiro aspecto que tem de ser considerado é o aumento do lapso prescricional de 5 anos para 8 anos. Mas tal aumento perde significativamente relevo quando conjugado com o termo inicial que passou a ser a data do fato e não a data do término do exercício do mandato, cargo em comissão ou de função de confiança. Essa alteração comprometeu absurdamente o desempenho da ação de improbidade administrativa uma vez que o suposto réu, no exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança, tem mais possibilidade de esconder provas e ocultar o fato combatendo a efetividade do combate à corrupção.

Outro ponto que merece destaque é a instituição de prazo para a tramitação de inquérito civil antes da propositura da ação.

Na esfera penal o inquérito policial tem prazo para sua conclusão. Consta do artigo 10 do Código de Processo Penal.⁹⁸ Mas os prazos são impróprios, ou seja, não geram consequência se extrapolados, sendo efetivamente o marco prescricional para a propositura da ação o que na prática vige.

Realce merece a suspensão do prazo prescricional para a propositura da ação pela instauração de inquérito civil pelo prazo de 180 dias o que confere uma maior responsabilidade do Ministério Público na condução de tal procedimento. É o que consta do § 1^a do art. 23 da Lei n^o 8.429/92 com a nova redação dada pela Lei n^o 14.230/21.⁹⁹

2.7.3. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Reprisando o que já fora anteriormente dito acerca do caráter uno do Poder Sancionatório e Punitivo do Estado, aqui também um aspecto a ser considerado.

A Constituição Federal cuidou de distinguir expressamente a ação civil pública da ação penal no multicitado § 4^o do art. 37 da CF. Previu no parágrafo seguinte a prescritibilidade para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário.

Contudo, quando editada a Lei n^o 8.429/92, apenas foi prevista a prescrição para a propositura da ação, alterada conforme descrito no tópico acima. O mandamento constitucional para a prescritibilidade das ações de improbidade foi cumprido, e tinha que sê-lo, mas sem a carga já existente da prescrição penal, por força do próprio comando constitucional, o que resultou na não previsão das demais prescrições da seara penal.

A principal delas é a não previsão da prescrição que corre no curso do processo. A chamada prescrição intercorrente. Na esfera penal também chamada superveniente. Na esfera cível, a prescrição no curso do processo somente tem previsão em processo tributário em razão de também ser uma carga para o particular e no Novo Código de Processo Civil no seu art. 921. Mas as previsões são em relação a processo de execução e não de conhecimento como é o caso

⁹⁸Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela

⁹⁹1^o 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.

da improbidade administrativa. A Reforma instituiu prescrição intercorrente no processo de conhecimento. O Estado tem de se preocupar com acabar o processo dentro de um prazo. Não basta apenas o prazo para que o processo seja iniciado. Há que haver um prazo para que seja finalizado. Essa a lógica da prescrição no curso do processo chamada de intercorrente, que não foi prevista para os processos de improbidade administrativa por ser expressamente não penal.

Uma carga terrível para os ocupantes do polo passivo de uma ação de improbidade já que, fora da seara criminal, a prescrição no curso do processo apenas era prevista nos feitos de natureza tributária.

Pois bem. Quando prevista a prescrição para as ações de improbidade, apenas a prescrição para a propositura da ação foi prevista que corresponde na esfera penal à prescrição da pretensão punitiva em abstrato. Somente essa. Isso porque o regime prescricional fora da esfera penal é outro disciplinado no Código Civil, precisamente nos artigos 189 e seguintes daquele diploma.

A prescrição na esfera cível é interrompida pelo despacho do juiz, mesmo que incompetente, que ordenar a citação válida e, uma vez proposta a ação de natureza não penal, a prescrição somente volta a correr com o trânsito em julgado do feito conforme artigo 202¹⁰⁰. Já a ação de improbidade administrativa tem regra específica que é o inciso I do § 4º do art. 23 que é o ajuizamento da ação de improbidade.

De uma análise do § 4º do mesmo artigo 23 extrata-se o instituto da prescrição intercorrente; aquela que corre no curso do processo. Isto em função da criação de marcos interruptivos prescricionais no durante do processo como a publicação de sentença, e acórdãos.

Realce seja feito que, à exceção do inciso I que é o ajuizamento da ação, tais manifestações judiciais são condenatórias. E isto tem uma consequência prática descomunal quando considerado o sistema judiciário brasileiro e o tempo de tramitação médio de uma ação no Poder Judiciário Brasileiro. É que qualquer decreto absolutório não interrompe a prescrição em exame

¹⁰⁰Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

- I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
 - II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
 - III - por protesto cambial;
 - IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
 - V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
 - VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.
- Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

o que, na prática, torna muito difícil a inoccorrência da prescrição se houver algum decreto absolutório considerando-se a prática do Poder Judiciário e o tempo médio de tramitação de um processo.

Este aspecto deve ser confrontado com o § 5º¹⁰¹ do mesmo artigo que instituiu a fruição do prazo prescricional pela metade uma vez interrompido, ou seja, quatro anos.

Observe-se. Se houver uma sentença condenatória, haverá a interrupção prescricional que voltará a correr pela metade. Se a apelação do réu for absolutória, muito provavelmente não haverá tempo suficiente para a inoccorrência da prescrição intercorrente se houver provimento do recurso do Ministério Público no STJ; essa conclusão extrai-se da prática judicial brasileira notória.

Ainda sobre prescrição intercorrente evidencia-se que o lapso temporal de 4 anos definido pelo legislador concretamente dissocia-se da prática quando considerados os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça que indicam que no curso processual das ações de improbidade há o transbordamento de tal prazo nas balizas definidas na nova lei. A tramitação das ações entre os marcos é superior a quatro anos. Essas informações são públicas¹⁰² e deveriam ter sido consideradas pelo legislador para a fixação desse lapso temporal para não se conferir quase que inocuidade às ações de improbidade administrativa.

Observe-se que a outra previsão da prescrição intercorrente na seara civil, na execução fiscal, tem lapso temporal maior, de 5 anos. Uma desproporcionalidade gritante. O executivo fiscal possui um prazo de prescrição intercorrente maior do que as ações de improbidade administrativa. A ideia consta do pensamento de Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Zieseimer em Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada¹⁰³, *verbis*:

“Isso mostra que o legislador, ao menos em tese, considera mais importante tutelar o interesse meramente patrimonial do Estado (interesse público secundário) do que garantir a punição efetiva dos transgressores da probidade administrativa (interesse

¹⁰¹ § 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

¹⁰² <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>

¹⁰³ ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova lei de improbidade administrativa comentada / Henrique da Rosa Zieseimer, Igor Pereira Pinheiro – Leme-SP, Mizuno, 2022.

público primário e com viés de direito fundamental)” (ZIESEMER. Obra já citada. p. 310).

O fato é que a instituição da prescrição intercorrente neste lapso, na prática, tornará muitíssimo difícil a punibilidade para a maioria das ações de improbidade administrativa em curso no judiciário brasileiro; principalmente as mais importantes e complexas.

Merece realce o aspecto de que a causa interruptiva da prescrição se estende a todos os outros réus. A consequência prática é que, se houver litisconsórcio passivo, a condenação de apenas um réu gera a interrupção prescricional para os demais; é o que se extrata do § 6º do artigo 23.¹⁰⁴

Na mesma toada o parágrafo seguinte. Dispõe o § 7º¹⁰⁵ que a interrupção da prescrição em relação a um ato de improbidade conexo, objeto do mesmo processo, gera a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais.

Na hipótese de haver a imputação de dois atos de improbidade e a condenação apenas por um deles, ainda assim a prescrição restará interrompida para o ato que mereceu a improcedência do pedido.

Tal aspecto afasta a completa intenção legislativa de sepultar as condenações por improbidade administrativa. A lei não veio apenas com novas regras combalidoras da procedência do pedido em ações de improbidade. É bem verdade que os últimos dois dispositivos perdem bastante relevo para a contagem do prazo prescricional pela metade, mas, se o legislador quis transmitir a ideia de que a reforma da lei de improbidade administrativa não é uma vontade inteira de conferir inocuidade ao regime da improbidade administrativa, este é um exemplo deles.

¹⁰⁴§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.

¹⁰⁵7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais.

3. RETROATIVIDADE

3.1 DAS TEORIAS

Feito um apanhado dos principais aspectos que devem ser considerados no presente trabalho, o conteúdo minimamente necessário para o seu exame, aqui relevante as teorias da retroatividade legislativa.

a) A primeira delas é a retroatividade absoluta das normas mais benéficas aos requeridos e condenado por improbidade administrativa intencionando-se o obstamento, a interrupção dos processos em curso e do cumprimento de sanções já impostas com o trânsito em julgado.

Como a reforma é recente e o objeto do presente trabalho também teve repercussão geral reconhecida no STF sendo o Tema 1199, a ideia encontra eco em relação a processos administrativos disciplinares e fulcrado no Direito Administrativo Sancionador. O julgado emblemático e sempre citado é o RMS 37.031/SP utilizado em outros julgados sendo o mais recente, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A sindicância investigativa não interrompe prescrição administrativa, mas sim a instauração do processo administrativo.

*2. O processo administrativo disciplinar é uma espécie de direito sancionador. Por essa razão, a Primeira Turma do STJ declarou **que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares**. À luz desse entendimento da Primeira Turma, o recorrente defende a prescrição da pretensão punitiva administrativa.*

3. Contudo, o processo administrativo foi instaurado em 11 de abril de 2013 pela Portaria n. 247/2013. Independente da modificação do termo inicial para a instauração do processo administrativo disciplinar advinda pela LCE n. 744/2013, a instauração do PAD ocorreu oportunamente. Ou seja, os autos não revelam a ocorrência da prescrição durante o regular processamento do PAD.

4. Agravo interno não provido.

,(AgInt no RMS n. 65.486/RO, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 26/8/2021.)” (grifou-se)

Cabe aqui referência à diretriz principal do tema que é a aplicação do Direito Administrativo Sancionador que contém princípios relacionados com o Direito Penal já que decorrentes do Poder Punitivo do Estado mas, majoritariamente, é reconhecido como continente da irretroatividade maléfica da lei que arrasta consigo a retroatividade benéfica.

Não há entendimento de Seção porque não há divergência entre as Turmas que examinam a matéria no STJ podendo ser citado o Resp 1353267/DF. Somente poderia haver manifestação da 1ª Seção, composta pelas duas primeiras Turmas do STJ, se houvesse divergência entre

essas; ou da Corte Especial, se houvesse divergência de entendimento entre Turmas de Seções diversas.

Vale lembrar que a conjugação entre a lei antiga e a nova, mais benéfica, resultaria em uma terceira lei. A chamada *Lex Tertia*, vedada no direito brasileiro, pacificamente pela doutrina e jurisprudência, sendo a maior manifestação dessa última a Súmula 501 do STJ relativa a lei de drogas, mas que contém a ideia, *verbis*:

“É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.” (Grifou-se).

b) A segunda é a tese da irretroatividade da reforma em razão do princípio da tutela mínima anticorrupção.

A maior motivação é a natureza do fato a ser examinado que é objeto de tratados e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no tocante ao combate à corrupção. Ou seja, não se trata aqui apenas de Direito Sancionador, mas de Direito Sancionador contra corrupção.

A discussão é mais profunda do que a aplicação do inciso LX do art. 5º da CF- e do artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que reconhece a retroatividade benéfica legislativa, na seara penal e, como acima transcrito, em relação ao Direito Sancionador Administrativo. Não se cinge apenas acerca da retroatividade benéfica da nova legislação, mas sobre a sua inconstitucionalidade não sendo sequer aplicável aos fatos futuros.

Esta teoria defende uma série de aspectos que ofendem o direito fundamental anticorrupção considerando-se a proibição ao retrocesso consignado na Convenção da ONU de combate à corrupção (Convenção de Mérida) precisamente no seu artigo 65 n° 2¹⁰⁶.

Considera ainda a tutela efetiva da probidade administrativa como decorrência lógica da ordem jurídico-constitucional de qualquer República sendo o direito difuso à probidade administrativa tutelado como cláusula pétrea.

¹⁰⁶2. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção.

Em consonância com tal entendimento, a Nota Técnica do Ministério Público Federal nº 01/2021 emanada da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão¹⁰⁷ em novembro de 2021, ou seja no mês seguinte à vigência da nova lei.

Do item 4.7 consta, *verbis*:

*“4.7. Demais disso, no campo da tutela da probidade administrativa, o artigo 37, §4º da CF impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao **retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas** (em sentido amplo), e, mesmo que lei nacional disponha sobre a retroatividade, é necessário juízo sobre a manutenção da conduta ilícita no ordenamento jurídico como atentado ao princípio da moralidade administrativa. ”*
(Grifou-se)

Também da essência do entendimento que Direito Administrativo Sancionador não é Direito Penal e como tal não sofreria a incidência de retroatividade benéfica das leis; isso não obstante o e. STJ já ter reconhecido a incidência para o Direito Administrativo. Ou seja, a retroatividade benéfica do Direito Penal vige para o Direito Administrativo, mas não para a improbidade administrativa que exigiria previsão legal.

É o que consta do item 4.5, *verbis*:

“4.5 O princípio da irretroatividade (artigo 5º, inciso XL, e artigo 37, §4º da CF) exige que normas nacionais materiais, ao disciplinar ilícitos e sanções, de forma mais gravosa, somente sejam aplicados para atos de improbidade praticados após o início de sua vigência. ”

c) como terceiro entendimento, a retroatividade mitigada sendo a exceção os atos culposos, ou seja, a retroatividade da lei atingiria apenas os atos culposos. Isto em função do já delineado anteriormente no que tange à motivação da exclusão da tipologia dos atos administrativos a culpa. A ideia de improbidade está intrinsecamente relacionada à desonestidade que contém na sua essência intenção que não se harmoniza com culpa.

¹⁰⁷ <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1-2021-aplicacao-lei-14230-2021-pgr-00390794-2021.pdf> acesso em 03 jul.2022.

A corrupção ou prática de atos ilícitos com desonestidade ou má-fé é que se aproxima da ideia de improbidade e a doutrina e a jurisprudência já afastavam a previsão do art. 10 da Lei nº 8.429/92, ainda que graves, das condutas culposas.

A reforma implementada pela Lei nº 14.230/21 chancelou o que doutrina e jurisprudência já defendiam. Até mesmo inelegibilidades contemplavam apenas condutas dolosas em condenações por improbidades. A culpa não se harmoniza com improbidade, jurisprudência e doutrina são, salvo exceções respeitáveis como Fábio Medina Osório¹⁰⁸, nesse sentido e a nova legislação somente positivou a ideia e apenas neste ponto a nova lei retroagiria.

Rememore-se que os tipos penais correspondentes ao art. 10 da Lei nº 8.429/91 não preveem a forma culposa à exceção do peculato. Argumenta-se que o Direito Penal se consubstancia em uma manifestação do Poder Extroverso do Estado em uma profundidade maior contemplando a privação da liberdade.

3.2 RETROATIVIDADE EM RELAÇÃO À TIPOLOGIA

Nada obstante o delineado sobre as teorias, a colisão de direitos é evidente.

De um lado o direito fundamental à probidade e do outro o direito fundamental à retroatividade benéfica.

Ambos previstos constitucionalmente e em convenções internacionais. Mais do que isso. A própria lei objeto do presente estudo determina a aplicação do Direito Administrativo Sancionador que contém a retroatividade benéfica.

Na colisão de tais direitos já há a admissão de retroatividade benéfica em uma das teorias no que tange à culpa. Por que não haveria em relação ao dolo? Porque culpa não se harmoniza com improbidade? Não é discussão de retroatividade, mas sim de inconstitucionalidade da improbidade culposa que não foi declarada nos mais de 30 anos da Lei nº 8.429/92.

O mais próximo disso foi a declaração de inconstitucionalidade em relação aos incisos II e III do art. 12 da CF da pena de suspensão de direitos políticos com declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto em relação ao inciso II para a modalidade culposa

¹⁰⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=Yd0BULmz440&t=967s>. A partir de 16 min.

já descrito no subcapítulo sobre suspensão dos direitos políticos. O provimento judicial foi em relação à consequência e não à causa. O paralelo na medicina é o tratamento sintomático que é quando se trata o sintoma e não a doença.

Contudo, inafastável o princípio republicano da igualdade que a essência da retroatividade benéfica, indiscutível para normas de direito material como é o caso da tipologia na improbidade.

Conforme dito pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 600817:

“O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto no caso em que a legislação superveniente seja mais gravosa.”

O argumento de que a retroatividade benéfica somente deveria ocorrer no Direito Penal porque exclusivamente contém penalidades de restrição de liberdade não se sustenta. O Direito Punitivo é uno independentemente da penalidade a ser imposta. Nessa linha, Ana Carolina Oliveira em sua dissertação de mestrado “Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador”, *verbis*:

“A unidade do jus puniendi do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e ne bis in idem”. (Oliveira, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de São Paulo – USP, 2012. p 128).¹⁰⁹

O realce a ser feito em relação ao trecho acima é o caráter uno do *jus puniendi* do Estado. Pode haver variação em função da autoridade a aplicá-lo; se judicial ou não. Mas indiscutível que os princípios e garantias são comuns. Não há como se afastar uma garantia de um processo sancionador presidido por um magistrado contenha ele previsão de restrição de liberdade ou não. O argumento de falta de previsão legal da retroatividade da norma mais benéfica para a improbidade administrativa para que ela não seja aplicada não tem a densidade necessária para gerar a consequência pretendida.

¹⁰⁹ Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/publico/Ana_Carolina_Carlos_de_Oliveira_Integral.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

A retroatividade benéfica, mais do que um princípio do Direito Penal é princípio geral do Direito Punitivo. “Afim, como manter a aplicação de punição posteriormente reconhecida como desnecessária ou irrazoável pelo próprio ente público normatizador?”¹¹⁰

Portanto, superada a discussão sobre constitucionalidade da nova legislação que macularia não somente a sua retroatividade, mas também a sua aplicabilidade em relação até mesmo aos fatos posteriores, não há como ser defendida a irretroatividade da nova legislação em relação à nova tipologia. Não só do decote da culpa, mas também do dolo eventual e de todos os outros novos contornos do ato de improbidade administrativa trazidos pela Nova Lei. Seria uma mitigação da igualdade; e esse é o maior argumento.

Ora, se quando uma conduta criminosa deixa de ser considerada crime a lei retroage, por qual motivo uma quando uma conduta considerada como ato de improbidade deixa de sê-lo a lei mais benéfica não retroagiria?

Essa é a lógica do Direito Administrativo Sancionador cujo maior expoente no Direito Brasileiro é Fábio Medina Osório traduzindo a essência do pensamento no seguinte trecho:

“Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal. Se há uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores /relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. O engessamento das normas defasadas e injustas não traria nenhuma vantagem social. A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia”. (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 312).

¹¹⁰ <https://www.migalhas.com.br/depeso/350209/retroatividade-da-norma-mais-benefica-no-direito-administrativo>. Acesso em 26 ago. 2022.

Os mais importantes princípios insculpidos no Direito Administrativo Sancionador são o da legalidade, do devido processo legal que carrega em si a necessidade da individualização da conduta e o contraditório e ampla defesa. Todos incontestavelmente vigentes na Improbidade. Não há divergência sobre a incidência do princípio da legalidade, por exemplo, ou a irretroatividade de lei maléfica. Por qual motivo não ocorreria a retroatividade da norma benéfica?

A irretroatividade da lei é inerente ao princípio da legalidade; tal qual a retroatividade benéfica. Repita-se; na seara do Direito Sancionador e, principalmente em relação a normas de direito material como é o caso da nova tipologia da improbidade administrativa.

A nova tipologia indiscutivelmente exige mais elementos quando da definição do ato de improbidade o que dificulta a sua caracterização. Essa dificuldade maior é benéfica para o requerido porque a imputação deve conter mais aspectos. Em homenagem à retroação benéfica, a nova lei deve retroagir.

O que se está a discutir em última análise é colisão de direitos fundamentais e ponderação de princípios sendo o da igualdade a base para o raciocínio e a conclusão pela retroatividade esposada; consta da decisão do Ministro Luiz Fux já transcrita.

Nada obstante este raciocínio, o tema se subsume ao instituto da repercussão geral previsto inicialmente na Constituição Federal como requisito para a admissão de recursos extraordinário, § 3º do art. 102 da CF acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e melhor disciplinado no Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente no seu art. 1.035.

A questão sobre a retroatividade da reforma da Lei de Improbidade Administrativa está sob o crivo do STF. O Tema é o 1199 da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e o *leading case* o ARE 843989. O voto condutor do acórdão que reconheceu a repercussão geral cingiu-se ao reconhecimento de que não havia dolo na conduta da ocupante do polo passivo, isto no *leading case*, e **assentou que a retroatividade será examinada precipuamente sobre a retirada da culpa do art. 10 da Lei 8.429/92 na sua redação antiga**; aspecto que, diga-se de passagem, já era reconhecido majoritariamente pela doutrina e jurisprudência como já amplamente explanado.

Em um primeiro momento, parece partir o Ministro de uma extirpação já feita pela doutrina e jurisprudência, agora positivada, para discutir retroatividade benéfica da nova lei.

Sob este prisma, parece haver uma tendência pela retroatividade da nova lei. Isto porque, em um primeiro momento, foi tomado como ponto de partida para discussão sobre retroatividade, algo que já está pacificado o que parece conduzir ao entendimento de retroatividade. O que parece ser a melhor decisão de fato, no que tange à adoção da nova tipologia que é direito material.

Não somente a positivação da extirpação da culpa dela, mas também do dolo eventual e outros aspectos já que caracterizadores do ato de improbidade administrativa agora somente o dolo direto; “a vontade livre e consciente no sentido de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.” Exigência do dolo (§ 2º do art. 1º com a redação dada pela nova Lei).

No que tange à mudança do dolo previsto na lei e sua retroatividade, o aspecto foi apreendido por Rodrigo Valgas dos Santos quando afirmou, *verbis*:

“Mas há outras profundas implicações na atual adoção do dolo específico em sede de improbidade, especialmente no tocante à retroatividade da norma mais benéfica (reformatio in mellius). Não apenas deve a Lei 14.230/21 (lex mitior), retroagir para possibilitar a extinção da punibilidade das condenações por improbidade culposa (aspecto tratado pela doutrina após a edição da nova norma), mas também nas condenações fundadas apenas no dolo genérico, pois atualmente o dolo exigível é o dolo específico. Não se afigura possível que alguém possa permanecer condenado apenas com o genérico descumprimento da norma, sem que tenha visado obter benefício a si, a outrem ou a entidade”.

.....

Este é outro ponto que irá demandar muitas controvérsias e resistência dos tribunais por terem consagrado em sua jurisprudência apenas o dolo genérico para aferir improbidade, que em nossa compreensão resta superado o entendimento do STJ com a edição da Lei 14.230/2021. Além disso, serão igualmente acalorados os debates que irão mediar o tema da retroatividade do novo regime de improbidade, especialmente porque foi reconhecida a repercussão geral no Tema 1.199 do STF, da relatoria do Min. Alexandre de Moraes, o que certamente fará com que a Corte se posicione na questão da retroatividade da norma e qual sua extensão, cabendo esclarecer que ao tempo em que escrito esse texto, não houve julgamento do Tema 1.199 pelo STF.

Conclusão

Conclui-se que a LIA passou a exigir não qualquer dolo, mas dolo específico em obter proveito ou benefício indevido a si, a outrem, ou a entidade em todos os tipos, podendo retroagir

referida norma não apenas nas condenações por improbidade culposa, mas também naquelas fundadas apenas no dolo eventual. Tal entendimento é ainda coerente com o binômio improbidade-desonestidade, não sendo suficiente o mero dolo genérico no descumprimento da norma. ”

(Lei de improbidade administrativa reformada / coordenação Augusto Neves Dal Pozzo e José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo. Thomson Reuters. Brasil, 2022. p. 268/270.)

Pertinente a menção à taxatividade inserta no art. 11 já que agora, não há mais a possibilidade de subsunção de comportamentos que não estejam nele contemplados pela retirada da palavra “notadamente” no *caput* do artigo. Não é mais possível qualquer enquadramento ao dispositivo por analogia e, as ações que tiverem por base tal aspecto, serão inevitavelmente colhidas pela impropriedade em função da retroatividade benéfica aqui estudada.

A repercussão geral foi reconhecida com sobrestamento dos processos em sede de Recurso Especial. Pela decisão do e. relator os feitos em instâncias ordinárias não estariam albergados pela suspensão ensejada pelo reconhecimento da repercussão geral. O Reconhecimento ocorreu em março de 2022 sendo que a Lei nº 14.230/21 é de outubro de 2021. Contudo ainda há a prolação de decisões, inclusive do e. STJ, que teve expressamente declarada a suspensão dos feitos de improbidade administrativa em função da retroatividade da lei, mas em casos específicos em que a nova lei não contraria a jurisprudência anterior ou em casos em que não tem influência o tema afetado à repercussão geral.

Exemplo disso é o reconhecimento da necessidade de dolo para a caracterização da improbidade na conduta de contratação de servidor temporário sem processo seletivo. A questão foi examinada e decidida porque a conduta desprovida de dolo não é reconhecida como improbidade nem na nova legislação e, sendo o parâmetro a antiga, a jurisprudência também exigia a ocorrência de dolo. Ou seja, a suspensão pela repercussão geral não gera efeitos neste processo e por isso foi decidido pelo e. STJ em sede de repetitivo. É o Resp 1913638/MA julgado pela e. 1ª Seção do STJ em 11/05/2022 da relatoria do Ministro Gurgel de Faria.¹¹¹

Frise-se que o sobrestamento dos recursos e da tramitação dos processos de improbidade administrativa é no que tange à retroatividade benéfica da Lei nº 14.230/21 quando não é explícita na lei. Quando a retroatividade benéfica for claramente em consonância com a

¹¹¹ https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum_registro=202003436012&dt_publicacao=24/05/2022.

jurisprudência sobre a lei anterior não há razão para sobrestamento do julgamento do recurso. Foi o que ocorreu nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 102.585¹¹² julgado pela mesma 1ª Seção da relatoria também do Ministro Gurgel de Faria. O julgado decidiu pela possibilidade de homologação de acordos de não persecução cível mesmo na instância recursal.

Aqui há que ser feita uma distinção com o acordo de não persecução penal. Decidido pelo e. STF no HC 191.464 que o acordo de não persecução penal somente pode ocorrer até o recebimento da denúncia. Mas não quer dizer que não se aplica a fatos ocorridos antes mesmo da Lei Nº 13.964/19. A própria tese fixada foi nesse sentido: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/19, desde que não recebida a denúncia. Ou seja, a retroatividade benéfica é patente; apenas o limite é que é definido como sendo o recebimento da denúncia. Isto porque a sua recusa, não homologação ou descumprimento, dá ensejo ao oferecimento da denúncia. Mas há entendimentos no sentido de que o recebimento da denúncia não obsta o ANPP como no HC 185.913/DF¹¹³

Mas no que tange à prolação de decisões no STJ mesmo com a nova legislação, há que ser considerado o lapso entre a vigência da nova lei e o reconhecimento da repercussão geral e, o Resp 1897406 é exemplo emblemático disso. O relator, Ministro Mauro Campbell Marques, ministro que presidiu a comissão que elaborou o projeto de Lei da Reforma da Improbidade Administrativa, proferiu decisão dia 06/12/21 reconhecendo que houve mudanças significativas tanto materiais quanto procedimentais. Além disso, ficou evidenciada a natureza sancionatória da Lei de Improbidade o que atrai as garantias correlatas dentre elas a retroatividade benéfica até mesmo quanto à prescrição, *verbis*:

“A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) foi recentemente alterada Lei nº 14.230/2021, a qual proporcionou significativas alterações no âmbito do direito processual e do direito material da norma sancionadora. Entre as principais mudanças, é possível destacar a expressa previsão legal no sentido da aplicação ao sistema de improbidade administrativa dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (art. 1º, § 4º, da LIA, redação da Lei nº 14.230/2021) e novos parâmetros relacionados à prescrição (art. 23 e parágrafos da LIA, redação da Lei nº 14.230/2021).

¹¹²https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2134317&num_registro=201102369460&data=20220406&peticao_numero=202100789271&formato=PDF

¹¹³<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>. Acesso em 05 jul.2022.

Ante o exposto, com base no art. 10 do CPC/2015, diante da potencial incidência dos novos parâmetros introduzidos na Lei de Improbidade Administrativa, intimem-se as partes para, no prazo legal, se manifestarem sobre a eventual aplicação retroativa da Lei nº 8.429/1992 alterada pela Lei nº 14.230/2021”

Em atenção ao princípio da não surpresa, determinou a manifestação das partes acerca da retroatividade benéfica da nova lei mas, observando o decidido em sede de repercussão geral, determinou a suspensão do feito no dia 23/03/22¹¹⁴.

Mas antes da suspensão, de um exame do feito no site do e. STF extrata-se que há manifestação do Ministério Público a favor da retroatividade benéfica em relação à tipologia, *verbis*:

“A persecução referente a improbidade administrativa se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução criminal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF.”¹¹⁵ (p. 04)

Em síntese, parece ser difícil a defesa da irretroatividade da Lei nº 14.230/21 na parte material, ou seja, em relação à nova tipologia em função do princípio da isonomia inserto na já transcrita decisão emanada do Min. Luiz Fux.

O reconhecimento da unidade do *jus puniendi* estatal espraia os princípios e garantias constitucionais do Direito Penal, maior expressão do direito de punir do Estado, para os outros ramos do Direito com carga sancionatória, dentre eles a retroatividade benéfica.

A jurisprudência já vinha reconhecendo tal retroatividade para o Direito Administrativo e, o argumento de falta de previsão legal na Improbidade Administrativa não socorre a tese da irretroatividade justamente porque fundada em princípios constitucionais. Ademais, se já reconhecida a retroatividade benéfica até mesmo para o Direito Administrativo, indiscutível para o Direito Penal, o seu não reconhecimento para a improbidade administrativa a tornaria uma zona de exclusão do princípio da retroatividade benéfica.

Despiciendas outras considerações, o Ministro Gilmar Mendes, já citado na Reclamação nº 41.557/SP, também declinou seu sentir, não da correspondência absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, mas inegável a incidência dos princípios

¹¹⁴<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=1966002&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso: 07 jul.2022.

¹¹⁵<https://www.conjur.com.br/dl/oab-suspensao-orientacao-mpf-lei.pdf>. Acesso: 07 jul.2022.

constitucionais penais nesse. Foi no Pedido de Tutela Provisória Incidental ACO: 3485 DF 0049344-26.2021.1.00.0000, decisão publicada no dia 24/11/2021, *verbis*:

*“Isto é, a LC 178/2021 introduziu norma mais benéfica ao administrado, em se tratando de direito administrativo sancionador. A doutrina e a jurisprudência dos Tribunais pátrios têm se inclinado pela aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais de cunho marcadamente penal, no que se refere à interpretação de normas jurídicas sucessivas que relevem ou minorem sanções a pessoas físicas e jurídicas (incluindo as de direito público) – direito sancionatório estatal.”*¹¹⁶ (p. 48)

A decisão do Ministro Gilmar Mendes continua citando Walter de Moura Agra cujo trecho nevrálgico para o presente trabalho pela retroatividade da Reforma da Improbidade Administrativa é, *verbis*:

*“Mas não é só. O Direito Administrativo Sancionador, em paralelo ao Direito Penal, engloba o conjunto do poder punitivo do Estado, razão pela qual Regis Fernandes Oliveira assevera não existir diferença ontológica entre crime, contravenção e infração; e entre pena e sanção, no que também inexiste diferença de substância entre pena e sanção administrativa [4]. Nesse espeque, García de Enterría e Fernández asseveram que o Direito Administrativo Sancionador não pode constituir instância repressiva e arcaica, que busque promover acintes aos direitos fundamentais, com aplicação de técnicas de responsabilidade objetiva, previsão de sanções que não estejam legalmente delimitadas, presunções e inversões do ônus da prova [5]. Até mesmo porque o Direito Administrativo Sancionador tem como núcleo fundamental os princípios que garantem a contenção do poder punitivo estatal, independentemente de a sanção ser aplicada pelo EstadoAdministração ou pelo Estado-juiz”.*¹¹⁷

Na decisão, importantíssima para o presente trabalho, há menção a Fábio Medina Osório, *verbis*:

“O desafio mais difícil consiste em interpretar o silêncio legal na cadeia de normas sucessivas. Uma norma sancionadora mais favorável nada dispõe sobre o tema, deixando ambígua sua posição. E os valores por ela tutelados são relativamente estáveis, daqueles que demandam políticas públicas punitivas coerentes e centradas em escolhas racionais, dotadas de vocação à estabilidade, o que revelaria, a priori, vocação à retroatividade. Em tais casos, não há dúvidas de que as normas retroagem, como se fosse o próprio Direito Penal, na busca de salvaguardar critérios de justiça

¹¹⁶ <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348826131&ext=.pdf> . Disponível em: 19/05/22. Acesso: 07 jul. 2022.

¹¹⁷ <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/walber-agra-possibilidade-retroacao-lei-improbidade#:~:text=Not%C3%B3rio%20que%20a%20retroatividade%20n%C3%A3o,decis%C3%B5es%20que%20ainda%20ser%C3%A3o%20prolatadas>. Acesso em 22 jun.2022.

e segurança, em homenagem ao tratamento simétrico com a outra principal vertente do Direito Punitivo. Essa retroatividade está amparada na cláusula constitucional do devido processo legal e nos valores ali abrigados.” (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – RT, 2022, p. 316).

Não se confunda a retroatividade benéfica que revogação de determinado dispositivo acompanhado de inclusão de outro com o mesmo teor, ou seja, a transmutação de certo comportamento de posição na legislação. Exemplo disso é o art. 10-A que foi substituído pelo inciso XXII do art. 11¹¹⁸. O comportamento continua a ser punido, mas em outro dispositivo.

No Direito Penal há exemplos desse fenômeno sendo o mais emblemático a revogação do art. 214 do Código Penal, que tratava de atentado violento ao pudor, que não deixou de ser crime. Apenas migrou para o art. 213 do CP alterado pela mesma Lei nº 12.015/09. É a continuidade normativa típica¹¹⁹

O mesmo raciocínio se aplica na nova lei de improbidade administrativa.

3.3 RETROATIVIDADE EM RELAÇÃO À PRESCRIÇÃO

Com relação à prescrição é indispensável a distinção entre a prescrição para a propositura da ação e a prescrição intercorrente, a que corre no curso do processo. Ressalte-se que a última foi criada no âmbito da improbidade pela reforma sendo que a geral, para a propositura da demanda.

3.3.1 RETROATIVIDADE DO NOVO TERMO PRESCRICIONAL EM ABSTRATO

O Direito de Punir do Estado tem o objetivo maior a paz social. Não interessa que ao Estado a delinquência e por isso é punida. Contudo, não se pode perder de vista o objetivo maior que é a estabilização social e, como tal, se não exercido dentro de um determinado lapso temporal o direito de punir estatal, este se extingue justamente em função do objetivo da estabilização social.

¹¹⁸XXII - conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

¹¹⁹ <https://jus.com.br/artigos/61307/o-principio-da-continuidade-tipico-normativa-no-sistema-penal-brasileiro>. Disponível em: 19/05/22. Acesso: 07 jun.2022.

Prescrição é a extinção de uma pretensão pelo seu não exercício em determinado prazo. No que tange à improbidade administrativa, a instituição da prescritibilidade é inclusive mandamento constitucional inserto no § 5º do art. 37 e como tal foi instituído quando da edição da Lei nº 8.429/92 no seu art. 23. As alterações foram já descritas com a alteração do prazo, que foi ampliado de 5 para 8 anos, suspensão pela instauração de inquérito civil e do termo inicial que passou para a data do fato; essa a regra.

A questão é a retroatividade deste prazo e termo inicial para processos já em curso. Se para algum processo que se enquadra na regra de prescritibilidade da nova lei, essa deve ser adotada.

Pois bem. Não obstante haja divergências quanto à natureza jurídica da prescrição, indiscutivelmente tem seu viés de direito material embora gere efeitos processuais e, como relacionada ao direito material, não haveria como afastar a retroatividade benéfica.

Ação de Improbidade Administrativa é instituto próprio do Direito Brasileiro e nasceu, com os contornos atuais, na Constituição da República de 1988. Portanto os precedentes para serem utilizados como parâmetros em uma alteração legislativa são escassos.

O que se pode fazer é o que se está fazendo, inclusive por comando da própria lei reformadora, buscando-se o raciocínio no Direito Penal que é a base do Direito Administrativo Sancionador.

Não se pode perder de vista que a prescrição, no Direito Penal, decorre da quantidade de pena. Pena máxima que é a que informa a prescrição punitiva em abstrato que é a orientadora para a propositura da ação.

Quando há extinção do crime, não há dúvida da retroação. Por uma razão muito maior, quando há a diminuição da pena, também deve retroagir e a prescrição é informada por ela; conclusão lógica é a consequência no cômputo da prescrição.

No que tange à diminuição da pena máxima não há casos no Direito Penal Brasileiro já que a regra é a nova lei endurecer o tratamento aumentando a pena. Mas há a possibilidade da criação de um privilégio, uma causa específica de diminuição de pena, uma atenuante enfim, alguma circunstância que esteja presente no caso concreto e que não tinha previsão na lei anterior, mas nova lei passa a prevê-la.

Exemplo disso é o tráfico. Antes da Lei nº 11.343/06 as condutas enquadradas no § 4º do seu art. 33 eram tipificadas no art. 12 da Lei 6.368/76. Não havia nesta última legislação a

especificação criada naquele dispositivo. Se a conduta se subsumisse àquele parágrafo, ainda assim era tratada igualmente, sem qualquer distinção, como a do caput do art. 33 que corresponde ao art. 12 da Lei nº 6.368/76.

Contudo a nova Lei nº 11.343/06 veio especificar uma conduta no § 4º do seu art. 33 tratando-o de forma mais branda aplicando-lhe uma pena menor. Imaginemos que o comportamento previsto nesse dispositivo tenha ocorrido em concreto, sido processado e apenado pela Lei nº 6.368/76. Com o advento da nova lei de drogas pode o réu se beneficiar dos efeitos dela com a aplicação da penalidade menor? Mas é claro que sim. É a resposta do examinado no tópico anterior.

Para o presente tópico, essa penalidade anterior tem influência na prescrição? A resposta também é positiva já que o prazo prescricional é consequência da quantidade de pena.

Por óbvio que demanda o exame do caso concreto. Doutrina e jurisprudência tranquilas nesse sentido. Do e. STF o RE 600817, *verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido.

(STF - RE: 600817 MS, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 07/11/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/10/2014) ”

Do e. STJ os seguintes Embargos de Divergência julgados pela e. 3ª Seção, *verbis*:

“PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL

DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da lex mitior, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser.

Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, incorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006.

(EREsp n. 1.094.499/MG, relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 12/5/2010, DJe de 18/8/2010.)

Em resumo, não é possível a combinação de leis mas deve ser examinado o caso concreto para a diminuição da pena que é informadora do prazo prescricional. Se ocorrer o reconhecimento da subsunção à circunstância prevista na nova lei, sendo benéfica, deve ser reconhecido e analisada a prescrição sob a ótica dessa nova quantidade de pena; simples aplicação de garantias e princípios constitucionais do Direito Sancionador à improbidade administrativa conforme comando do § 4º do art. 1º da Lei nº 14.230/21.

No que tange ao interregno do prazo prescricional para a propositura da ação, para uma ação já proposta, em um primeiro momento, não haveria como haver qualquer benefício para o requerido pois foi aumentado de 5 para 8 anos. Contudo, o seu cotejo com a alteração no termo inicial, no caso concreto, em ação já proposta, é que pode beneficiar o réu.

Se, em vez de se considerar o marco da redação original da Lei nº 8.429/92 que era a data do término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, for considerada a data do fato, atual marco definido pela Lei nº 14.230/21, tiver havido o transcurso de mais de 8 anos para a propositura da ação, seria o caso de reconhecimento da ocorrência da prescrição.

Exemplificando: Imaginemos um governador que praticou ato de improbidade no primeiro dia de sua gestão e foi reeleito ficando 8 anos no cargo. A ação de improbidade em relação a este ato foi proposta no último dia de seu prazo prescricional, portanto, faltando 1 dia para se completar 13 anos do ato de improbidade. Esta ação sob a ótica na nova lei estaria prescrita.

Contudo, há que se considerar que a natureza da ação de improbidade administrativa é cível. Foi o entendimento sufragado pelo e. STF no julgamento do Agravo de Regimento na Pet 3240 item 2 da Ementa, *verbis*:

*“2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às **ações de improbidade administrativa, de natureza civil**. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. ”*
(<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315062116&ext=.pdf>. p. 01/02)

Extrata-se do trecho a incomunicabilidade de aspecto da seara penal com a improbidade, qual seja, o foro por prerrogativa de função. Assentou o e. STF que não se aplica à improbidade a fixação por foro por prerrogativa de função para improbidade administrativa evidenciando que não há uma correspondência direta entre o Penal e a Improbidade.

Nessa toada, especificamente em relação às ações em curso, que já forma recebidas pelos órgãos judiciais, consoante a indiscutível natureza civil, e não penal, da ação de improbidade, incide a teoria do isolamento dos atos processuais, já referida neste estudo, quando da menção à supressão da fase de recebimento da ação de improbidade. Quanto a tal teoria, *verbis*:

“O Código de 2015 adotou a teoria do isolamento dos atos processuais, que compreende cada ato de forma autônoma, de modo que a nova lei processual tem aplicação imediata, respeitando-se os atos já realizados e os efeitos por eles produzidos sob o regime da legislação anterior.”¹²⁰Não há máculas, portanto, para as ações que tramitaram sob a égide anterior à reforma e tiveram essa fase processual em razão da teoria do isolamento dos atos processuais incorporados na nossa legislação expressamente pelo artigo 14 do NCPC¹²¹.

Observe-se que há regramento próprio contemplado no trecho acima que é o art. 14 do Código de Processo Civil. De fato, em homenagem à segurança jurídica, considerando-se que a natureza da ação não é penal e sim civil, se foi recebida a ação de improbidade sob a égide da legislação anterior à reforma da improbidade, não há qualquer mácula neste ato processual e, neste, porém, não há como ser inquinado de inválido ou nulo; o novo regramento exurgiu após sua ocorrência. Não há o que ser reparado o que leva à conclusão da não retroatividade do novo regime prescricional para a propositura da ação de improbidade às ações que já foram recebidas pelo Poder Judiciário. Não há como ser reavaliada a prescrição sob a ótica da nova lei para que seja reconhecida a prescrição.

Ademais, dito no tópico inicial sobre prescrição, esta tem relação direta com a inércia, no caso a inércia estatal. Pergunta-se: qual o comportamento omissivo do polo passivo em relação à ação já em curso? Nenhum. Comportou-se adequadamente frente a lei da época. Não é possível que nova lei estabeleça novo termo inicial ou prazo prescricional para fatos anteriores a ela; ao menos não na seara cível.

Observe-se que, quanto à prescrição, na seara civil, o Código Civil de 2002 disciplinou nos artigos 2.028/2.029 os prazos nele previstos. É bem verdade que não retroagiu nenhum termo inicial como é o caso da Reforma da Improbidade Administrativa. Mas houve alteração de prazos e, nestes dispositivos há o resguardo a direitos com a manutenção dos prazos da lei anterior quando houver diminuição; é o caso.

¹²⁰<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/301790/arts--13--14-e-15-do-cpc---aplicacao-das-normas-processuais>. Acesso em 05 jul.2022.

¹²¹Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Se não se subsumia à regra de transição, o termo inicial foi definido pela jurisprudência como sendo a data da vigência do Código. O julgado a seguir se refere a usucapião, prescrição aquisitiva, *verbis*:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO. ART. 1.238, CAPUT, DO CC. PRESCRIÇÃO QUINZENAL. TERMO INICIAL. ART. 2.028 DO CC. ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO. SÚMULAS Nº 7 E 83/STJ.

1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso de redução de prazo de prescrição, inclusive os aquisitivos, se na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 ainda não havia decorrido mais da metade do tempo previsto na lei revogada, aplica-se o novo prazo, a contar da entrada em vigor do referido diploma, isto é, 11.1.2003. Precedentes.

3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 952.068/RS, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 2/12/2019.) ” (Grifou-se).

A Reforma diminuiu o prazo. Esse raciocínio é importante. Imaginemos uma ação de improbidade ainda não proposta, mas que ainda não estava prescrita pela nova lei. O Ministério Público, por exemplo, ciente de que a prescrição não tinha sido operada nos moldes da legislação anterior ainda está preparando a ação para a sua propositura quando no dia 25/10/2021 é publicada a Lei nº 14.230/21 e entra em vigor. Estaria prescrita essa demanda? Estaria incurso o MP na inércia harmônica com prescrição? Teria o órgão que acompanhar o processo legislativo para saber que a lei seria publicada e entraria em vigor naquele dia? Haveria uma ampliação do inciso II do art. 5º da Constituição da República para ser dito que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *processo* legislativo?

Por óbvio que não.

Nada obstante a aplicação dos princípios constitucional do direito administrativo sancionador determinado pela lei, aqui vige regra própria, em consonância com a natureza civil da ação de improbidade que é a subsunção às regras prescricionais do Direito Civil e Direito Processual

Civil. O termo inicial da prescrição civil deve ser definido por lei para os fatos posteriores a ela. Não pode a lei definir, ou melhor, retroagir um termo inicial colhendo de surpresa a sociedade sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica; a sociedade ficar sabendo que ocorreu prescrição sem a correspondente inércia.

Com essas considerações fica evidente, repita-se, nada obstante o comando de aplicação do direito administrativo sancionador que tem inspiração no Direito Penal, que o efeito prático do novo regime prescricional para improbidade não retroage.

Ora, se não retroage para ações ainda não propostas, *a fortiori*, para ações já propostas que foram inclusive recebidas em homenagem à teoria do isolamento dos atos processuais e ao art. 14 do CPC.

3.3.2 DA RETROATIVIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O mesmo raciocínio da retroatividade do novo regime prescricional para a propositura da ação pode ser aplicado para a prescrição intercorrente instituída para as ações de improbidade administrativa.

Poderíamos usar o Direito Penal como referência sendo que nele já há previsão legal para a prescrição intercorrente; que também tem o nome de prescrição da pretensão punitiva superveniente. Poder-se-ia pensar também na prescrição retroativa que também é informada pela pena em concreto aplicada com o trânsito em julgado para o Ministério Público.

Mas pela reforma da improbidade a prescrição intercorrente não é informada pela pena em concreto; é um prazo fixo de 4 anos. Não há como ser verificada *a posteriori* a ocorrência da prescrição intercorrente retroativamente. Ela é verificada quando há qualquer dos marcos interruptivos. Já a prescrição intercorrente para os marcos futuros é que tem de ser aferida quando eles acontecem.

Mas não podemos esquecer que, por força constitucional, a improbidade administrativa, apesar de seu caráter sancionatório, decorrente do *jus puniendi* do Estado, não tem natureza penal (§ 4º do art. 37 da CF).

Fora da seara penal, mais especificamente na civil, no processo de conhecimento, interrompida a prescrição com a determinação de citação, esta volta a correr do último ato do processo, ou seja, não corre prescrição durante o processo. Mas há previsão no processo civil para prescrição intercorrente: nas execuções.

Primeiro na Execução Fiscal, em 2004 pela Lei nº 11.054/04¹²² e posteriormente em 2015 na Lei 13.105/15, art. 921¹²³ com redação recentemente alterada pela Lei nº 14.195/21; realce-se que são relativas a execuções e não a processo de conhecimento. A processo de conhecimento é o regime é do art. 206 do CC, ou seja, suspende-se com o despacho que determina a citação e volta a correr do último ato do processo; de conhecimento, frise-se.

Muito bem. Reavivados os contornos da prescrição intercorrente, nas execuções fiscais, talvez seja a hipótese mais próxima da que está em exame porque é no curso do processo civil, nada obstante não seja no processo de conhecimento e sim executivo, a retroatividade da prescrição intercorrente já foi examinada e decidida positivamente.

Observe-se que prescrição intercorrente já foi objeto de repetitivo no e. STJ sendo o Resp 1.340.553¹²⁴ decidido pela e. 1º Turma da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, mesmo Ministro que presidiu a Comissão que elaborou o projeto de lei da reforma da lei de improbidade administrativa. Do exame do julgado extrata-se que é justamente a hipótese em

¹²²§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

¹²³Art. 921. Suspende-se a execução:

I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;

II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

III - quando não for localizado o executado ou bens penhoráveis; (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º O termo inicial da prescrição no curso do processo será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, e será suspensa, por uma única vez, pelo prazo máximo previsto no § 1º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

¹²⁴https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1371076&num_registro=201201691933&data=20181016&formato=PDF. Disponível em: 19/05/22. Acesso: 07 jul.2022.

que o fato ocorreu antes da Lei n° 11.054/04, precisamente em 05/08/2003. É parágrafo do relatório *verbis*:

“Alega a recorrente FAZENDA NACIONAL que houve violação ao art. 40, §4º, da Lei n. 6.830/80. Afirma que não transcorreram os cinco anos exigidos para configurar a prescrição intercorrente, tendo em vista que apenas em 19.08.2005 é que o processo foi suspenso pelo art. 40, da Lei n. 6.830/80, aplicando-se a partir daí a Súmula n. 314/STJ. Sustenta que de forma equivocada a Corte de Origem considerou como dies a quo da prescrição intercorrente a data em que determinada a suspensão do processo por noventa dias, que a decisão que ordenou o arquivamento remonta a 5.8.2003, sendo descabida a intimação da União em 30.4.2008 a respeito da prescrição. Compreende que toda e qualquer manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que de tal manifestação decorra um imediato impulso à execução (e-STJ fls. 215/213). (Grifou-se).

Contudo o entendimento da Lei n° 11.054/04 era albergado anteriormente a ela pela jurisprudência consubstanciando-se na Súmula 314 do STJ, *verbis*: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”. Ou seja, a aplicação retroativa era fulcrada na jurisprudência. No caso da ação de improbidade, além de ser no conhecimento e não na execução, não há respaldo na jurisprudência.

Não há previsão de prescrição intercorrente para o processo de conhecimento civil no direito brasileiro. A hipótese de inércia da parte subsume-se a abandono do processo e resulta em extinção sem resolução de mérito dependendo de requerimento do polo passivo por força do art. 485 do NCPC¹²⁵. A ideia já estava consubstanciada na súmula 240 do e. STJ¹²⁶, *verbis*: “A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu.”

Prescrição no processo de conhecimento civil, não penal, tem relação com inércia e não apenas com o simples transcurso do tempo mesmo com os sujeitos do processo desempenhando seus

¹²⁵Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

¹²⁶https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula240.pdf. Disponível em: 19/05/22. Acesso: 07 jul.2022.

papéis celeremente e com boa-fé processual objetiva; sem qualquer ânimo de atraso na marcha processual maliciosa com vistas a alcançar a impunidade de uma maneira reflexa.

De toda sorte a ação de improbidade administrativa, por força constitucional, não tem caráter penal apesar de ser sancionatória. Não sendo penal, não trouxe certas garantias e princípios constitucionais mais próximas do processo penal, de certa forma até lógicas em razão da sintonia com o *jus puniendi*, como por exemplo a especialização da imputação, e agora, a previsão de prescrição no curso do processo de conhecimento, que só há no Direito Penal. Como não é penal, no Direito Civil, não existe no curso do processo de conhecimento; só no executivo fiscal.

Pertinente para a retroatividade da criada prescrição intercorrente na improbidade é o Teoria da *actio nata*. Por ela a prescrição inicia-se com o nascimento da pretensão. Portanto, além da inércia, há que existir o termo inicial para que a prescrição seja reconhecida. A teoria da *actio nata* tem eco na jurisprudência mormente no Resp 1174731, *verbis*:

“DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 168/STJ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS EM CONFRONTO. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, "o prazo prescricional tem o seu termo inicial regido pelo princípio da *actio nata*, isto é, a fluência do prazo fatal tem início somente com o conhecimento da lesão ao direito" Precedentes.

(AgInt nos EAREsp n. 990.299/SP, relator Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 13/10/2020, DJe de 20/10/2020.)”

Carlos Roberto Gonçalves afirma que a prescrição "tem como requisitos: a) a violação do direito, com o nascimento da pretensão; b) a inércia do titular; c) o decurso do tempo fixado pela lei."¹²⁷

Dissecando-se esta conceituação extrata-se que a prescrição pressupõe, em função da lesão, ao menos uma faculdade de comportamento comissivo criada por lei que, se não exercido dentro

¹²⁷ <https://www.migalhas.com.br/depeso/288877/da-aplicacao-da-teoria-da-actio-nata-em-relacao-ao-instituto-da-prescricao>.

de um lapso temporal, gera a prescrição em razão da inércia. Ou seja, ao menos ao tempo do termo inicial da prescrição, há que haver legislação que impila o comportamento comissivo para que a inércia gere a sua consequência. O que não pode acontecer é, no futuro, a instituição por lei de termo inicial retroativo para a ocorrência da prescrição.

É com base neste raciocínio que a teoria da *actio nata* foi desenvolvida. A prescrição somente pode ocorrer, ou começar a correr, quando houver legislação, ao tempo do seu termo inicial, que o fixe. Não é possível legislação criar um termo inicial anterior para que aquele que passa a ter a faculdade do ato comissivo somente saiba que ele existiu, em momento anterior. Se não ocorrer a prescrição, terá seu prazo diminuído.

Sob tal argumento, a retroatividade da prescrição intercorrente para a ação de improbidade, tal qual a prescrição para a propositura da ação, é impossível já que a fixação do termo inicial é anterior à lei, devendo ser fixado para os processos já em curso como sendo a data da vigência na Lei nº 14.230/21.

3.3.3 DA RETROATIVIDADE EM RELAÇÃO À COISA JULGADA

Não se pode perder de vista que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, e não penal, por força constitucional.¹²⁸

Considere-se ainda que a retroatividade benéfica, em relação à execução penal, não tem assento constitucional mas sim no art. 2º do Código Penal¹²⁹

O comando constitucional para a retroatividade benéfica¹³⁰, princípio do Direito Administrativo Sancionador, não contempla na sua literalidade a execução da pena como o dispositivo do Código Penal acima referido.

Na seara civil no mesmo art. 5º há comando próximo da matéria civil que protege elevando a garantia constitucional o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.¹³¹

¹²⁸ § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível

¹²⁹ Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

¹³⁰ XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu

¹³¹ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Na colisão destes institutos, considerando todo o exposto no que tange à natureza civil da ação de improbidade e que a retroatividade em relação à execução da pena é contemplada apenas por lei infraconstitucional, a garantia constitucional da coisa julgada em homenagem à segurança jurídica deve ser prestigiada.

A coisa julgada prepondera inclusive em relação à declaração de inconstitucionalidade superveniente. Ou seja, quando uma decisão judicial é lançada com base em uma norma que, após o trânsito em julgado, é declarada inconstitucional, a execução do julgado não é atingida.

O entendimento foi sufragado no Tema 360 do e. STF derivado do RE 611503, *verbis*:

“São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data **anterior** ao trânsito em julgado da sentença exequenda.”¹³²(Grifou-se)

Hipótese diversa é o trânsito em julgado com base em uma norma declarada inconstitucional antes dele; esse sim, o caso da coisa julgada inconstitucional.

Se a inconstitucionalidade ocorre antes do trânsito é caso de coisa julgada inconstitucional, mas, se ocorre depois dele, prevalece a coisa julgada.

Portanto, transitada em julgado a sentença de procedência do pedido em ação de improbidade administrativa, acobertada pela coisa julgada, considerando-se a sua natureza civil, não penal, em homenagem à segurança jurídica e à coisa julgada, não há retroatividade independentemente da edição de lei mais benéfica.

132

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3858766&numeroProcesso=611503&classeProcesso=RE&numeroTema=360>

Um prestígio à segurança jurídica resguardada inclusive em relação a decisões judiciais. *A fortiori* em relação à própria lei que não prejudicará a coisa julgada, proteção literal do texto constitucional.

4. EFEITOS NOS PROCESSOS EM CURSO

Nada obstante tenha sido tratado até o momento a retroatividade da alteração da tipologia na improbidade administrativa, bem como da prescrição e a instituição da prescrição intercorrente no conhecimento da improbidade além do trânsito em julgado da ação, há que se considerar efeitos da reforma nos processos já em curso e aumentar o detalhamento das consequências neles dela, inclusive após o trânsito em julgado.

Inolvidável que, diante, indiscutivelmente, do seu caráter sancionador, o legislador aproximou a improbidade administrativa da ação penal. Exemplo disso é a imputação específica, o interrogatório e, pertinente para o momento, os marcos interruptivos da prescrição intercorrente. Contudo há que ser considerada a sua natureza civil para o exame da retroatividade para alguns institutos mormente o novo regime prescricional e a ocorrência do trânsito em julgado.

4.1 EFEITOS NOS PROCESSOS EM CURSO NA FASE DE CONHECIMENTO

Reconhecida a repercussão geral sobre a retroatividade da reforma da improbidade administrativa atraída a suspensão dos processos com tal objeto. Mas o reconhecimento conferiu a suspensão apenas aos feitos em sede de recurso especial e os que forma ajuizados com base na culpa.

Mais tarde essa decisão, dando provimento a embargos de declaração do Ministério Público, estendeu os efeitos da repercussão à suspensão da prescrição dos processos cuja suspensão foi determinada.¹³³

Duvidosa a produtividade da suspensão dos feitos sobre improbidade, já que reconhecida a repercussão geral sobre a retroatividade da Lei nº 14.230/21, mas que expressamente não atingiu feitos fora do STJ. Isto em razão de que a suspensão, por força do § 5º¹³⁴ do art. 1.032 do NCPC, atingiria todos os feitos em curso com o mesmo objeto no território nacional.

O Ministro Alexandre de Moraes determinou a suspensão apenas dos processos no e. STJ e em um segundo momento determinou a suspensão da prescrição desses processos dando provimento a embargos de declaração ajuizados pelo Ministério Público; mas não estendeu a suspensão a processos fora do STJ. Justificou com o comprometimento da instrução e do reexame de constrições, *verbis*:

“Na decisão, também consignei não ser recomendável o sobrestamento dos processos nas instâncias ordinárias, haja vista que (a) a instrução processual e a produção de provas poderiam ser severamente comprometidas, e (b) eventuais medidas de constrição patrimonial devem ser prontamente examinadas em dois graus de jurisdição. ”

Em um primeiro momento, tais aspectos não estariam comprometidos pela suspensão porque sempre possível um pedido cautelar incidental como produção antecipada de provas ou cautelar relativa à constrição. Lado outro resultaria inútil qualquer ato processual, tal qual no STJ, se for reconhecida a retroatividade da Lei nº 14.230/21. Em outras palavras, qual seria o diferencial que ensejaria a suspensão apenas nos feitos em curso no e. STJ?

¹³³<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350782784&ext=.pdf>

¹³⁴ § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Essa pequena digressão é feita em razão de que, na hipótese de entendimento pela retroatividade da lei, que é o que se defende com base nos entendimentos majoritários já esposados, os efeitos nos processos já em curso ocorrerão.

O entendimento de que as normas são mais benéficas parecem ser inafastável. O próprio Ministro Alexandre de Moraes reconhece no seu voto, *verbis*: “Como se vê, as novas disposições normativas são mais benéficas aos agentes públicos e aos que concorrem para o ato de improbidade.” (P. 24. Grifou-se)¹³⁵. Referindo-se não só à nova tipologia, mas também ao novo regime prescricional inclusive com a adoção da prescrição intercorrente.

4.1.1 NECESSIDADE DE VISTAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO

O efeito concreto e direto haverá que ser a abertura de vista ao polo ativo da demanda, e após ao Ministério Público se não for o autor. Tal medida deve ser adotada estando o feito em qualquer instância já que ainda não houve o trânsito em julgado.

O objetivo é a análise sobre aditamento, requerimento de extinção e arquivamento ou acordo de não persecução civil; são os possíveis comportamentos do polo ativo do feito.

a) começando pela última hipótese, com relação ao ANPC, não há o que se discutir já que a própria lei dispõe sobre sua retroação. Consta do § 4º do art. 17-B¹³⁶ que pode ser celebrado até mesmo na execução da sentença e já foi feito menção a adoção de tal medida, inclusive no STJ. Esse efeito é consequência da aplicação benéfica imediata da nova legislação porque tem contornos processuais. É decorrência direta da Reforma

b) quanto ao requerimento de extinção e arquivamento pode decorrer da conclusão do autor de que o fato, diante da nova tipologia, não constitui improbidade administrativa porque incorrentes elementares agora caracterizadoras dela ou, diante do novo regime prescricional geral, não intercorrente anterior à vigência da reforma, a punibilidade do fato restou extinta.

Este comportamento do autor é comissivo e não comporta inércia. A afirmação é feita porque pode quedar-se silente diante da abertura de vista. Tal comportamento não cabe nessa

¹³⁵<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349939755&ext=.pdf>. Disponível em: 29/05/22. Acesso: 07 jun.2022.

¹³⁶§ 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.

sistemática. A própria lei dispõe sobre a postura ativa do Ministério Público - leia-se, autor da ação - no § 3º do art. 23 que trata do novo regime prescricional quando fala que: “§ 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.” Do dispositivo extrata-se inclusive o prazo.

Observe-se que aqui a solução serve não apenas para os limites da repercussão geral reconhecida que se deteve explicitamente apenas na extirpação da culpa. Esse comportamento adequa-se para o que foi dito em relação à reestruturação da tipologia do ato de improbidade como o decote do dolo eventual, à insignificância, etc. Enfim, é a oportunidade do polo ativo verificar a incompatibilidade do objeto dos autos à Reforma da Improbidade e requerer a sua extinção. Não verificada a hipótese o comportamento deve ser o seguinte;

c) Aditamento para inclusão de elementares que, se ocorrentes, não constaram da imputação. Essa hipótese é aquela, socorrendo-se do exemplo já citado neste trabalho, se o crime era usar camisa e passou a ser usar camisa preta, dentre os processos já em curso, pode haver alguns em que o réu usava camisa preta, mas, como não era relevante apesar de ocorrente, não constou da imputação. O aditamento tem o objetivo de, observado o devido processo legal, possibilitar ao réu a defesa de nova elementar inserida na imputação.

Por óbvio, se o processo estiver em fase recursal, deverá pugnar o procurador de justiça ou da república pela remessa à vara de origem sob pena de supressão de instância. Do contrário ter-se-ia que admitir instrução nos tribunais ordinários como oitiva de testemunhas e um acórdão originário. Ofender-se-ia o princípio do juiz natural insculpido na Constituição da República bem como o próprio princípio republicano da igualdade sendo que qualquer exceção a ele, como o foro por prerrogativa de função, tem que nela, Constituição, ser previsto.

Hipótese concreta é quando da verificação da ocorrência da prescrição do fato dos autos em relação ao termo inicial da nova legislação. Contudo já declinado que nova lei não pode fixar, digo, retroagir termo inicial para momento anterior à sua vigência.

Mas mesmo que por hipótese esse argumento não existisse, conforme o regime prescricional civil, já que a ação de improbidade tem essa natureza, há que se lembrar que a citação válida interrompe a prescrição; que só volta a correr quando do último ato do processo; que ainda está em curso. (citado no item 2.6.4.). Ou seja, impossível que a prescrição tenha acontecido nesse

contexto. Nessa hipótese, se há elementares da nova tipologia que não foram articuladas no exórdio, deve ocorrer o aditamento e a continuidade do feito.

Outra obviedade é que a partir deste momento já em curso a prescrição intercorrente nos moldes da nova lei.

4.2 EFEITOS NOS PROCESSOS EM CURSO NA FASE DE EXECUÇÃO

No tópico anterior tratou-se dos efeitos no processo com a aplicação retroativa da reforma da improbidade administrativa quando ainda na fase de conhecimento.

Contudo, como já explanado, a natureza civil da ação de improbidade atrai o respeito à coisa julgada ocorrida com o trânsito, mesmo que o fato não se subsuma à nova lei. A garantia de que a lei não prejudicará a coisa julgada impõe tal conclusão sendo impossível, o seu descumprimento após o descabimento de recurso tempestivo a qualquer outra instância,

Poder-se-ia entender pela aplicação dos princípios constitucionais do direito sancionador após o conhecimento, como no Direito Penal, caberia ao juízo da execução conforme súmula 611 do STF, *verbis*: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

Nessa linha de pensamento Marcus Vinicius Pinto, Sarah Merçon Vargas e Heitor Vitor Mendonça Sica em artigo escrito onde consta, *verbis*:

“Em relação aos processos findos, a formação da coisa julgada poderia induzir ao raciocínio de que seria necessária sua rescisão para a extinção da punibilidade. Contudo, estendida à improbidade administrativa a garantia do art. 5º, XL, da CF/88, os efeitos sancionatórios podem ser excluídos por decisão na própria ação, a exemplo do processo penal, em que nem mesmo a revisão criminal é necessária; basta simples requerimento destinado ao juiz da execução, conforme se depreende do art. 66 da Lei de Execução Penal e Verbete n.º 611 da Súmula do STF.”¹³⁷

Há entendimentos de que pode ser proposta ação rescisória ou até mesmo *querela nullitatis* conforme defende João Trindade Cavalcante Filho, *verbis*:

¹³⁷<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-lei-de-improbidade-09112021>. Disponível em: 09/11/21. Acesso: 07 jun.2022.

“Se a ação de improbidade ainda estiver em curso, entendemos que deve ser feita petição inominada para requerer a extinção do processo com resolução do mérito e absolvição do acusado – em qualquer grau e perante qualquer juízo em que se encontre o feito. Se já tiver havido o trânsito em julgado, pode o pedido ser realizado diretamente ao juízo de execução, por aplicação analógica da Súmula nº 611 do STF: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”. Alternativamente, pode ser ajuizada ação rescisória, por violação a norma jurídica (superveniente), nos termos do art. 966, V, do Código de Processo Civil. Finalmente, se já esgotado o prazo da rescisória, entendemos ser o caso de ajuizamento de querela nullitatis.”¹³⁸

Em manifestação sobre o tema o Luiz Manoel Gomes Filho, Diogo de Araújo Lima e Rogério Fravetto informam o entendimento no seguinte trecho, *verbis*:

“A orientação poderá alcançar os casos já julgados, inclusive com a possibilidade de reversão das sanções aplicadas, a exemplo da perda de cargos ou da suspensão dos direitos políticos. A questão poderá ser ventilada por meio de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença, a depender da fase processual que o feito se encontre, por inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação (artigos 525, §1º, III, 535, III, e 917, I, todos do CPC), ou mediante ajuizamento de ação rescisória por violação da norma jurídica (artigo 966, V, do CPC), dentro do prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado da decisão de mérito, em uma interpretação mais conservadora e estritamente processual. Contudo, temos de ir além. Entendemos ser o caso de haver dispensa do ajuizamento da ação rescisória, bastando manifestação, com o contraditório do Ministério Público, com futura decisão. A regra mais benéfica deve ser aplicada e aqui prevalece até sobre a coisa julgada. Há realidade normativa mais benéfica que deve ser obrigatoriamente considerada, sob pena de violação aos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e o da igualdade.”¹³⁹

Não se pode perder de vista que tais entendimentos reconhecem a envergadura do trânsito em julgado bem como sua importância já que declinam que pode ser proposta a competente ação rescisória ou *querela nullitatis*.

¹³⁸<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td305>. Disponível em: 29/05/22. Acesso: 07 jun.2022.

¹³⁹GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araújo; FAVRETO, Rogério. O Direito Intertemporal e a Nova Lei de Improbidade Administrativa. In: Conjur, 18.10.2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opiniaao-direito-intertemporal-lei-improbidade>> Acesso em: 4 nov. 2021.

Entendemos que não ocorre qualquer das hipóteses para rescindir o julgado bem como qualquer aspecto que o inquene de nulo. Foi lançado da melhor forma diante da legislação vigente à época de seu declínio. Não há nenhuma mácula a ser reparada por meio de rescisória.

Em síntese, ocorrido o trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, em homenagem à sua natureza civil e à coisa julgada, o que deve ocorrer é o seu cumprimento em observância ao contraditório e ao devido processo legal, decisão desafiadora de recurso de agravo de instrumento consoante disposição expressa do parágrafo único do artigo 1.015 do NCPC, *verbis*: “*Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.*”

Não ficará imune, como não pode qualquer decisão ficar, ao exame pela instância superior.

5. DA DECISÃO DO TEMA 1.199 PELO STF

O Direito alcançou um dinamismo tal que livros não é que chegam às prateleiras já desatualizados, eles já saem das editoras assim.

Quando da qualificação da tese, não havia ainda sido deliberado o Tema 1199 pelo e. STF mas quando da redação final do presente tema, já tinha sido ultimado o julgamento.

Durante o trabalho tratou-se do tema na fase de reconhecimento da repercussão geral e a condução diante da doutrina majoritária e jurisprudência, inclusive do STF, foi no sentido da retroatividade da norma; e até certo ponto ocorreu na medida da repercussão geral que se cingiu à retroatividade da eliminação da culpa do art. 10 da Lei nº 8.429/92 e à irretroatividade do novo regime prescricional.

Entendemos por bem, ao invés de falar durante o trabalho abordando cada tema considerando o voto condutor¹⁴⁰ do acórdão, ainda em elaboração e pendente de possível recurso de embargos de declaração, inserir o presente capítulo que contempla o voto do relator que prevaleceu por

¹⁴⁰ <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE843989LIA.pdf>

maioria, discutindo os principais pontos da prescrição para a propositura da ação e intercorrente e do decote apenas da culpa.

A retroatividade aqui examinada transborda a repercussão geral que se deteve expressamente apenas em relação à culpa.

Com relação à prescrição, extrata-se do voto do Ministro Alexandre de Moraes¹⁴¹ que o cerne para o reconhecimento da irretroatividade da prescrição para a propositura da ação é a ausência de inércia estatal em consonância com a conclusão do trabalho considerando-se precipuamente a natureza civil da improbidade; isso com origem no próprio texto constitucional do qual decorre a ação de improbidade e de reconhecimento jurisprudencial pacífico do e. STF.

Prestigiou o e. Relator a inexistência da inércia estatal para entender pela irretroatividade da prescrição afirmando, *verbis*:

“A inércia nunca poderá ser caracterizada por uma lei futura que, diminuindo os prazos prescricionais, passe a exigir o impossível, ou seja, que, retroativamente o poder público – que foi diligente e atuou dentro dos prazos à época existentes – cumpra algo até então inexistente. ” (P. 37).

Ressalte-se que o argumento é o mesmo por nós utilizado para o reconhecimento da irretroatividade da prescrição intercorrente, ausência de inércia, em cotejo com a natureza civil da improbidade que atrai a incidência do regime prescricional civil além da Teoria da *actio nata*.

No que tange à irretroatividade da Reforma para os feitos com trânsito em julgado, o entendimento considerou a natureza cível da ação de improbidade administrativa e o primado da segurança jurídica, outro aspecto por nós apreendido para entender pela irretroatividade da Lei nº 14.230/21 em relação aos feitos já acobertados pelo manto da coisa julgada.

Contudo, com relação à conclusão do e. STF em relação à retroatividade da extirpação da culpa, há que se tecer alguns comentários porque o raciocínio em relação apenas à culpa; mas pode ter reflexos nas demais alterações tipológicas da improbidade.

Com relação à retroatividade da tipologia no que tange à retirada da culpa, sem haver reconhecimento explícito da retroatividade, parece ser o entendimento do Pretório Excelso, quando consta do voto condutor do acórdão. Explica-se

¹⁴¹ <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE843989LIA.pdf>

Observe-se o voto do Min. Alexandre de Moraes, em elaboração, pendente de embargos de declaração o julgado, p. 37, *verbis*:

*“Ressalte-se, entretanto, que apesar da **irretroatividade**, em relação a redação anterior da LIA, mais severa por estabelecer a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa em seu artigo 10, vige o **princípio da não ultra-atividade**, uma vez que não retroagirá para aplicar-se a fatos pretéritos com a respectiva condenação transitada em julgado, mas tampouco será permitida sua aplicação a fatos praticados durante sua vigência, mas cuja responsabilização judicial ainda não foi finalizada. Isso ocorre pelo mesmo princípio do **tempus regit actum**, ou seja, tendo sido revogado o ato de improbidade administrativa culposo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada. Não se trata de **retroatividade** da lei, uma vez que todos os atos processuais praticados serão válidos, inclusive as provas produzidas – que poderão ser compartilhadas no âmbito disciplinar e penal –; bem como a ação poderá ser utilizada para fins de ressarcimento ao erário. Entretanto, em virtude ao princípio do tempus regit actum, não será possível uma futura sentença condenatória com base em norma legal revogada expressamente.”* (P. 37). (grifou-se).

De início o ínclito Relator parece entender como sinônimos ultratividade e retroatividade.

Mas o que nos leva a entender que adotou a retroatividade na essência sem reconhecê-la é o trecho sublinhado. Ora, se “não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada” (parte sublinhada), o que se reconhece é a retroatividade da lei revogadora; essa é a retroatividade benéfica.

Do contrário não teríamos lei aplicável ao fato. A lei revogadora não retroage e a revogada não vige mais. Um vácuo legislativo ferindo o princípio da continuidade.

Na essência, sem reconhecimento, foi adotada a retroatividade da Lei nº 14.230/21. Ainda em curso o prazo para embargos de declaração.

Adiante no exame.

O e. Relator além de entender pela retroatividade na essência sem reconhecê-la, na verdade entende pela inconstitucionalidade da culpa no art. 10.

Extrata-se de seu voto às fls. 24, *verbis*:

“Nos mais de 30 anos de vigência da LIA, entretanto, não houve declaração de inconstitucionalidade da previsão de “modalidade culposa” do ato de improbidade, que permaneceu em vigor até sua revogação pela edição da Lei 14.230/2021.” (p.24).

Entende que a culpa não se harmoniza com o elemento subjetivo da improbidade, que tem relação com conduta dolosa, intencional, de desonestidade.

Contudo, em vez de declarar a inconstitucionalidade, opta por reconhecer a retroatividade na essência sem reconhecê-la explicitamente.

Parece que quando do exame do Tema 1199 o e. Relator percebeu inconstitucionalidade da constância da culpa na Lei n° 8.429/92 e que o e. STF não a tinha declarado até o momento, apenas afastando a incidência da Lei n° 8.429/92 neste porto em relação à suspensão dos efeitos políticos como descrito neste trabalho. Item 2.6.6.

Com esse procedimento o e. STF ofendeu a Súmula Vinculante n° 10 por ele próprio editada porque, sem declarar a inconstitucionalidade da constância da culpa nos atos de improbidade, afastou a consequência da suspensão dos efeitos políticos quando era a hipótese.

Preferiu o e. Relator não levantar esta inconstitucionalidade no exame da repercussão geral manifestando-se pela irretroatividade da Lei n° 14.230/21; mas também pela inaplicabilidade da Lei n° 8.429/92 já que revogada. A conclusão decorre dos trechos transcritos.

Com esse comportamento reincidiu na ofensa da Súmula Vinculante n° 10 já que afastou a incidência do § 4° do art. 1° da Lei n° 14.230/21 sem declará-lo inconstitucional.

Incontroversamente a retroatividade benéfica consta do rol dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador e, reconhecido pelo Ministro que a nova lei é mais benéfica; e ainda em direito material. Não há o que se discutir. A nova tipologia da improbidade retroage.

Ou só retroage o que é inconstitucional e que não foi declarado até o momento?

Ousamos aqui propor uma solução mais curta para o atingimento do que se atingiu e de uma maneira mais consistente.

Seria a explicitação do que o e. Relator identificou: a declaração de inconstitucionalidade da culpa no art. 10.

Geraria o efeito que se alcançou. Improcedência dos pedidos para as ações de improbidade com base na culpa ainda em curso e, manutenção das ações já trânsito em julgado. Tudo conforme Tema 360 do e. STF.¹⁴²

Talvez fosse um caminho mais fácil do que negar a retroatividade da parte material da Reforma.

Essa digressão é feita para, não obstante não conste da repercussão geral, mas é objeto do presente trabalho, a retroatividade benéfica, não só da retirada da culpa, mas também dos demais dispositivos relativos à tipicidade constantes dos demais artigos relativos à tipologia.

CONCLUSÕES

O regime da improbidade administrativa disciplinado pela Lei n° 8.429/92 por determinação constitucional necessitava de adaptações em função, precipuamente de legitimidade e tipologia amplas. Quanto ao art. 10 a previsão da culpa e no art. 11, um rol exemplificativo com base em princípios que dava ensejo a uma porosidade excessiva.

Esta conjuntura gerava um temor no administrador honesto, comportamento incompatível com improbidade, causando, em um primeiro momento, inércia e inação e, em um segundo momento, propositura de ações em um nível mais abrangente do que improbidade.

Decorrência desse contexto, o Direito Administrativo do Medo e o Apagão das Canetas.

Esses abusos, associados a aperfeiçoamentos na legislação e a incorporação de jurisprudência sedimentada sobre o tema foram os móveis da Lei n° 14.230/21.

De inspiração flagrantemente sancionadora, expressamente a nova lei determinou a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador.

¹⁴² <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3858766&numeroProcesso=611503&classeProcesso=RE&numeroTema=360>

A modificação na tipologia e no regime prescricional, incluindo a inserção da prescrição intercorrente, inegavelmente são benéficas para os ocupantes do polo passivo das ações de improbidade administrativa já em curso; as novas ações já observarão o regime da nova lei.

A questão é a influência desta legislação mais benéfica aos processos já em curso. O tema não é de menor importância tanto que teve repercussão geral reconhecida e decidida no Supremo Tribunal Federal pelo Tema 1199 da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

A conclusão do estudo foi, em síntese, pela retroação da nova tipologia porque é flagrantemente aspecto material de direito sancionador. E pela irretroatividade do novo regime prescricional em razão da natureza civil da ação de improbidade e de que prescrição se harmoniza com inércia, incorrente, e não com inovação legislativa. No que tange à prescrição intercorrente há que se acrescentar a Teoria da *actio nata* para a sua irretroatividade.

Ainda considerando a natureza civil da improbidade, entendeu-se pela irretroatividade da nova legislação em relação às ações já transitadas em julgado em homenagem à coisa julgada; sua mitigação, que seria a hipótese da retroatividade da nova lei, é própria apenas com o Direito Penal sendo sua principal manifestação a ausência de prazo para Revisão Criminal ou, se relativa à execução, a qualquer tempo no juízo da execução pela Súmula 611 do STF. Inaplicáveis tanto a Revisão Criminal quanto a Súmula 611 do STF à improbidade administrativa pela sua natureza civil.

Como se opera na prática?

O primeiro passo é a abertura de vista ao polo ativo da ação e após ao Ministério Público, se não o ocupar. Isto para aferição se ocorrem os elementos da nova tipologia. Se negativa a hipótese, deve haver requerimento de extinção e arquivamento. Se positiva, deve haver aditamento do exórdio com início de prazo para a prescrição intercorrente. Impossível a ocorrência da prescrição para a propositura da ação. Outra possibilidade é o acordo de não persecução cível. Com relação aos feitos já transitado em julgado, não devem ser atingidos pelo respeito à coisa julgada em função da natureza cível da improbidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *A possibilidade de retroação da nova Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em < [BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.230/21.](https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/walber-agra-possibilidade-retroacao-lei-improbidade#:~:text=Not%C3%B3rio%20que%20a%20retroatividade%20n%C3%A3o,decis%C3%B5es%20que%20ainda%20ser%C3%A3o%20prolatadas.> Acesso em 22/06/22.</p></div><div data-bbox=)

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. Ed. rev., amp. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784, de 29/01/1999*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Matheus, *Lei de Improbidade Comentada – Atualizada com a Lei 14.230/2021 / Matheus Carvalho – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.*

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Arts. 13, 14 e 15 do CPC - *Aplicação das normas processuais*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/301790/arts--13--14-e-15-do-cpc---aplicacao-das-normas-processuais>. Acessos em 05/07/22

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico*. Nova Fronteira da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Fronteira, 2ª edição, 1986.

DAMASIO DE JESUS. *Código Penal Anotado*, 23ª ed., Saraiva, 2016.

EBRADI. *O princípio da continuidade típico-normativa no sistema penal brasileiro*. <https://jus.com.br/artigos/61307/o-principio-da-continuidade-tipico-normativa-no-sistema-penal-brasileiro>. Acesso em 07/07/22.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. Malheiros Editores. 2004.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*/Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves – 9. ed. - São Paulo: Saraiva.2017.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araújo; FAVRETO, Rogério. *O Direito Intertemporal e a Nova Lei de Improbidade Administrativa*. In: *Conjur*, 18.10.2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opiniao-direito-intertemporal-lei-improbidade>> . Acesso em: 4 nov. 2021.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*, volume V, arts. 121 a 136. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*; coordenação Freddie Didier Jr. e Rodrigo Reis Mazzei, Salvador, Ed. Juspodivm, 2006.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MERÇON-VARGAS, Sarah; PINTO, Marcos Vinicius; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Reforma da lei de improbidade*. In *Jota*. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-lei-de-improbidade-09112021>>. Acessos em 07/07/22.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo VI, § 662, n. 2, ed. Borsoi, 1955.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de improbidade administrativa/ Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira – 2ª ed. rev. Atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2014.*

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Forense, vol. I, 19ª ed. SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processo administrativo da união (lei nº 9.784/99)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, nº 237, jul/set. 2004.

OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de São Paulo – USP, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Fórum. 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Lei de improbidade administrativa reformada*. Augusto Neves Dal Pozzo e José Roberto Pimenta Oliveira / coordenação. São Paulo. Thomson Reuters. Brasil, 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo/ Rodrigo Valgas dos Santos – 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais*.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Nova lei de improbidade administrativa comentada / Henrique da Rosa Ziesemer, Igor Pereira Pinheiro – Leme-SP, Mizuno, 2022.*



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO
MESTRANDO JOSÉ PEDRO DE SOUZA NETTO**

Às 11 horas e 30 minutos do dia 05 do mês de outubro do ano de 2022, via webconferência, reuniu-se a banca examinadora composta da seguinte forma: Prof. Dr. Tárek Moyses Moussallem (Orientador); Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira (Membro interno – PPGDIR/UFES); e Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Membro externo – FDV), para a sessão pública de Defesa de Dissertação do mestrando **José Pedro de Souza Netto**, com o tema: "A RETROATIVIDADE DAS NORMAS MAIS BENÉFICAS PARA O RÉU NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS NOS PROCESSOS EM CURSO". Presentes os membros da banca e o examinando, o presidente deu início a sessão, passando a palavra ao aluno; após exposição de 20 minutos por parte do examinando, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pelo aluno: em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou o mestrando e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:

APROVAÇÃO COM DISTINÇÃO do examinando, pois a banca julgou que a dissertação constitui excepcional contribuição à ciência processual e seu texto está pronto para publicação, embora careça de algumas correções de natureza formal; por fim, o presidente da sessão alertou que o aprovado somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

Nada mais havendo a tratar, foi encerrada a sessão da qual se lavra a presente ata, que vai assinada eletronicamente de acordo com a Portaria Normativa 08/2021 PRPPG/UFES.

TAREK MOYSES
MOUSSALLEM:02273460767

Assinado digitalmente por
TAREK MOYSES
MOUSSALLEM:02273460767
Data: 2022.10.05 12:21:19 -
0300



Programa de Pós-Graduação em Direito Processual PPGDIR / UFES
NPJ CCJE UFES Campus de Goiabeiras, Vitória, ES
Site: <http://www.direito.ufes.br/>
E-mail: pos.direito@ufes.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
CLAUDIO PENEDO MADUREIRA - SIAPE 2057930
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 05/10/2022 às 12:10

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/576681?tipoArquivo=O>