

ANÁLISE DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ANALYSIS OF THE MAIN CHANGES TO THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW

Lívia Abud da Silva Greggi¹
Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia²
Sebastião Sérgio da Silveira³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a reforma realizada pela Lei nº 14.230/21 à Lei nº 8.249/92, que regulamenta a responsabilização por atos de Improbidade Administrativa. Pontuando as principais alterações e analisando os efeitos decorrentes das mudanças, utilizando de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, destacando a consolidação de teses anteriores e contradição de outras. Bem como, a aproximação da Improbidade Administrativa com Direito Administrativo Sancionador, através da aplicabilidade de seus princípios, e, consequentemente, da sistemática do Direito Penal. Discorrendo sobre matérias que foram objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no primeiro ano da Lei nº 14.230/21, a constitucionalidade de alguns artigos e aplicação do princípio da retroatividade.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Direito Administrativo Sancionador; Princípios.

ABSTRACT

This article aims to analyze the reform brought by the Law nº 14.230/21 to the Law nº 8.249/92, that regulates the liability of Administrative Improbability acts. Punctuating the main changes and analyzing the effects arising from those changes, using doctrinal and jurisprudential theses, highlighting the consolidation of previous theses and contradiction of others. As well as the

¹ Graduanda em Direito na Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Email: livgreggi@gmail.com

² Doutoranda pelo programa de Direitos Coletivos e Concreção da Cidadania da UNAERP. Mestra pelo programa de Direitos Coletivos e Concreção da Cidadania da UNAERP. Professora do curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto/SP. Advogada atuando na área de improbidade administrativa. Email: fmattaraia@unaerp.br

³ Mestre e Doutor pela PUC-SP; Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC; Professor no Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto; Professor na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e Promotor de Justiça. Email: ssilveira@unaerp.br

approximation of Administrative Improbability with the Administrative Sanctions Law, through the application of its principles, and, consequently, the systematic of Criminal Law. Discussing the subjects that were objects of consideration by the Supreme Court in the first year of the Law nº 14.230/21, the constitutionality of some clauses and the principle of retroactivity.

Keywords: Administrative Improbability; Administrative Sanctions Law; Principles.

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), como é conhecida a Lei nº 8.249 de 2 de junho de 1992, foi publicada buscando regulamentar as sanções previstas no art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988. A Constituição inovou ao introduzir o termo improbidade administrativa dispondo penalidades específicas a serem aplicadas ao instituto, diversas da instância penal. A mera apreciação do texto constitucional, no entanto, não esclarece quais são os atos ímprobos ou procedimentos necessários para sancioná-los, suprimindo esta lacuna, promulgou-se a primeira LIA.

A versão original da Lei nº 8.249/92 continha apenas 25 artigos e, embora tenha sofrido pequenas emendas, o instituto permaneceu-se o mesmo por quase trinta anos. A LIA busca proteger a probidade da Administração Pública e de seus atos. Ao tutelar sobre interesses públicos comuns de toda sociedade, atribui-se à LIA a defesa de direitos coletivos *lato sensu*.

A Lei nº 14.230, publicada em 25 de outubro de 2021, trata-se de uma lei modificativa que altera múltiplas disposições da Lei nº 8.249/92. Embora possua um caráter estritamente reformador, a extensão das mudanças que promoveu tornou-a comumente conhecida como a Nova Lei de Improbidade Administrativa.

Pela primeira vez desde sua criação, a LIA sofreu significativa modificação de conteúdo processual e material, destacando-se a aplicação expressa de princípios externos à natureza das sanções de improbidade administrativa, buscando uma nova sistematização do instituto. A extensividade da reforma torna necessária uma análise individual das principais alterações e de seu impacto na aplicação da Lei nº 8.249/92. Esta inquirição será, por meio de estudos doutrinários e jurisprudenciais, objeto central do presente artigo.

2 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A Lei nº 14.230/21 reformou significativamente a sistemática da Improbidade Administrativa, entre as profusas novidades, a inclusão do § 4º ao artigo 1º encontra-se à frente da maioria das discussões. O parágrafo prevê a aplicação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador (DAS), resultando em dois questionamentos principais: Integra-se a LIA no âmbito do DAS? Quais são os princípios do DAS no ordenamento jurídico brasileiro?

Ordinalmente, iniciando-se com o primeiro questionamento, há muito existe uma linha doutrinária defendendo a natureza da improbidade administrativa como parte do Direito Administrativo Sancionador. Autores como Fábio Medina Osório (2022), utilizam como critério o conteúdo material da LIA, ou seja, quando o bem jurídico violado é tutelado pelo Direito Administrativo. Assim, nas particularidades do ordenamento jurídico vigente no Brasil, "a expressão contencioso administrativo será doravante utilizada em sua acepção lata, que é o seu sentido material." (MOREIRA NETO, 2014).

Aponta-se falho o critério adotado pela referida linha de entendimento. Existem outras legislações responsáveis por apurar a responsabilidade do agente público em face da Administração, sem, no entanto, enquadrar-se no DAS ou mesmo no Direito Administrativo. É o exemplo do Código Penal, cujo Título XI é dedicado exclusivamente a crimes contra Administração Pública, reservando capítulo para tipificar condutas praticadas por agentes públicos.

Por outro lado, partindo-se do critério formal da sanção administrativa, defende Rafael Munhoz de Melo (2005) a observância quanto ao órgão responsável pela sanção. Nos termos da LIA, o sujeito competente não é a Administração Pública, e, portanto, não há de se falar em Direito Administrativo Sancionador. Mesmo no direito espanhol, onde se encontra a maior fonte de doutrina consolidada do DAS, aplica-se o aspecto formal para sua distinção. Em função da própria construção histórica do ramo, "*este nuevo Derecho consiste en explicar la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, distinta de la penal aunque muy próxima a ella*" (NIETO, 2018, p. 144). Ressaltam alguns doutrinadores, a impossibilidade de

aplicação das sanções contidas na LIA por órgão administrativo, a exemplo, "a suspensão de direitos políticos, no caso, não constitui simples pena acessória. O problema é que não pode a suspensão ser aplicada em processo administrativo. Terá que ser em processo judicial, em que se apure a improbidade" (SILVA, 2009, p. 348).

Em relação ao segundo questionamento, sobre quais seriam os princípios do Direito Administrativo Sancionador no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há consenso geral, encontrando-se em construção a matéria. Um dos pontos já pacificados, é a forte ligação entre o DAS e o Direito Penal, ambas espécies do gênero Direito Público Sancionador.

A comparação entre Improbidade Administrativa e o Direito Penal, ou mesmo com o DAS, não é novidade da Lei nº 14.230/21. Há muito tempo a jurisprudência e a doutrina vinham buscando respostas para a aplicação da LIA nos princípios dos referidos institutos. No julgamento do REsp nº 765.212/AC, cujo objeto era o elemento subjetivo dos atos ímprobos, o Ministro Relator Herman Benjamin pautou-se nesta comparação para suprir lacuna da lei: "um princípio norteador do Direito Penal que, em minha opinião, deve ter plena aplicação no campo do Direito Administrativo Sancionador é o princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da atuação com dolo ou culpa." (STJ - REsp 765.212/AC, Relator: Min. Herman Benjamin, Data de Julgamento: 02/03/2010, Segunda Turma Data de Publicação: DJe 23/06/2010).

Doutrinariamente, o cotejo é mais antigo, Fábio Medina Osório, autor do livro Direito Administrativo Sancionador, no qual defende a aplicação do DAS na Lei de Improbidade Administrativa, apresentou o tema pela primeira vez no ano 2000, data de lançamento da primeira edição.

O principal ponto de convergência entre todos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais é um núcleo principiológico compartilhado entre o DAS e o Direito Penal. Tratando-se ambos de espécies do Direito Público Sancionador, é natural a existência de características e princípios em comum, afinal, é o que define o gênero. O problema seria a aplicação indiscriminada dos princípios de um ao outro. O próprio conceito de DAS oferecido por Alejandro Nieto (2018) sublinha a proximidade de ambos, ao mesmo tempo que os distingue como institutos individuais.

Portanto, entende-se cabível recorrer ao Direito Penal, buscando princípios aplicáveis ao DAS, com uma ressalva, "não atrai para ela, entretanto, em sua integralidade, garantias forjadas para o Direito Penal, que está contido no Direito Sancionador, mas com ele não se confunde." (LEONEL, 2021).

Explana Ministro Benedito Gonçalves e Renato César Guedes Grilo (2021) os princípios penais mais comumente associados ao DAS: a ampla defesa e contraditório, segurança jurídica, irretroatividade, culpabilidade, razoabilidade e proporcionalidade. Analisar individualmente a pertinência de cada um destes princípios no contexto do Direito Administrativo Sancionador exigiria um estudo exclusivo sobre o assunto, contentando-se, no presente, destacar o de maior repercussão no primeiro ano consequente a publicação da Lei nº 14.230/21.

O princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, XL, da CF), inato ao direito penal, foi alvo de grandes divergências doutrinárias. Bem como, figurou como objeto principal do ARE nº 843.989, que discutiu a aplicação da supressão do elemento da culpa do artigo 10 e do novo regime prescricional.

No Supremo Tribunal Federal (STF), a discussão revolveu principalmente na natureza extrapenal conferida constitucionalmente às sanções por improbidade administrativa pelo artigo 37, § 4º. Em outro ponto, destaca-se a forma como a lei maior dispõe sobre a retroatividade benéfica, mencionando expressamente a lei penal ao invés de sancionadora, indicando a exceção da retroatividade como princípio exclusivo do Direito Penal, e não das normas sancionadoras em geral. O Ministro Relator Alexandre de Moraes sustenta a particularidade conferida ao direito penal em razão do princípio *favor libertatis* e a prevalência da regra da irretroatividade nas demais instâncias, em respeito à coisa julgada e direito adquirido, "a retroatividade da lei penal mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal." (MUNHOZ DE MELLO, 2007, p. 154).

A decisão final do Supremo Tribunal Federal pacificou a não incidência deste princípio do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, e, em especial, na Lei Improbidade Administrativa. Em relação à revogação da modalidade culposa, definiu-se que fica esta irretroativa em relação aos processos transitados em julgado e em fase de execução.

Aos processos ainda em curso, aplica-se a nova lei, na qual é ausente a culpa, devido a revogação expressa do texto anterior, conforme princípio da não ultratividade e *tempus regit actum*.

A decisão jurisprudencial, embora contrária ao posicionamento da corrente majoritária da doutrina, entre eles Fábio Medina Osório (2022), encontra embasamento inclusive no modelo internacional. Na Espanha, a retroatividade da lei mais benéfica aplicada no âmbito penal opera de forma divergente na administração.

El artículo 2.2 del Código Penal expresa, como hemos visto, una retroactividad absoluta en el tiempo, ya que se extiende incluso a penas que todavía se están cumpliendo. Para las normas administrativas, en cambio, la retroactividad sólo alcanza a los hechos sobre los que todavía no se ha realizado un pronunciamiento administrativo firme. (NIETO, 2018, p. 203)

As decisões já transitadas em julgado são impassíveis de alteração por lei posterior mais benéfica, tanto no entendimento do STF, quanto no sistema espanhol. Nos processos ainda em curso, na Espanha aplica-se a retroatividade benéfica, já o Brasil determina a aplicação da nova lei, não pelo princípio da retroatividade, mas pela proibição da ultratividade. Ainda que aplicados fundamentos diferentes, o efeito prático é o mesmo.

Com a importância conferida ao Direito Administrativo Sancionador pela Lei nº 14.230/21 e o entendimento jurisprudencial em construção, a questão dos princípios deverá ser cada vez mais discutida pelos juristas nacionais até eventual consolidação doutrinária sobre a matéria. O que se tem por certeza é que o Direito Penal, a doutrina estrangeira e as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro de embasamento constitucional terão lugar garantido nesta discussão.

3 ALTERAÇÕES NOS ARTIGOS 9º, 10 E 11

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal prevê a penalização por atos de improbidade administrativa, no entanto, não conceitua ou elenca os atos considerados ímprobos. Omissão esta que não advém de falha do legislador constituinte, mas é inata a normas de eficácia limitada. Sua eficácia depende de legislação infraconstitucional para produzir todos

os efeitos pretendidos. Daí surge a importância da Lei nº 8.249/92 e em especial dos artigos 9º, 10 e 11, contidos no capítulo II, os quais dispõem dos atos de improbidade administrativa.

Em 29 de dezembro de 2016, foi incluída, pela Lei Complementar nº 157, uma quarta modalidade na forma do artigo 10-A. Consistia em ato comissivo ou omissivo de aplicação de benefício financeiro ou tributário em discordância do artigo 8º-A da Lei Complementar nº 116/03. A previsão adicional teve curta vigência, vindo a ser completamente revogada pela Lei nº 14.230/21.

As três modalidades primordiais tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11, concernem ao enriquecimento ilícito, dano ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública, respectivamente. O *caput* dos dispositivos busca conceituar um ato ímprobo genérico resultante em um dos três danos acima mencionados, cabendo ao rol de incisos existentes descrever condutas específicas

3.1 TAXATIVIDADE DO ARTIGO 11

Anteriormente, o consenso doutrinário e jurisprudencial era pela índole exemplificativa dos incisos. A redação dos *caputs*, ao introduzir o rol, fazia uso do advérbio "notadamente", indicando o destaque de apenas algumas das possíveis condutas, facilitando o entendimento da modalidade do ato, subsistindo a possibilidade de outras enquadrarem-se no artigo.

Enquanto mantendo o rol exemplificativo dos artigos 9º e 10, a Lei nº 14.230/21 retira do artigo 11 o termo "notadamente", substituindo-o pela expressão "uma das seguintes condutas", conseqüentemente, tornando taxativo a relação de incisos. A mudança enquadra-se na temática geral da lei reformadora, aproximando a sistemática da LIA ao Direito Penal, no qual segue-se o princípio da taxatividade da norma.

Demonstra-se relevante a conversão no caso de artigo 11, pois este sanciona a inobservância dos princípios da administração pública. A própria natureza dos princípios torna complexa a tarefa de determinar concretamente quando ocorre seu descumprimento.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Com base no conceito apresentado, são amplas e abstratas as interpretações aceitáveis, tornando difícil a aplicação da norma de forma uniforme, o que caracteriza um grave problema jurisprudencial. "O prejuízo torna-se evidente e grave, quando se percebe que os agentes da autoridade possuem visões desencontradas e desarmônicas em relação aos termos abertos, propiciando julgamentos rasos, feitos em mera atividade repressiva estatal, sem critério ou limite." (NUCCI, 2015).

Em Apelação Cível julgada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pontuou o relator: "a partir da vigência da Lei 14.230/21, o ato de improbidade previsto no art. 11 deve se enquadrar em uma das condutas previstas nos seus incisos, não sendo mais possível a condenação por meio de tipos abertos de violação aos princípios da administração." (TRF 5, AC 0001206-86.2015.4.05.8103, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Data de Julgamento: 23/11/2021, Segunda Turma, Data de Julgamento: 25/11/2021). Logo, as sanções cabíveis ao artigo 11 só poderão ser aplicáveis em condutas expressamente descritas em um dos incisos, não cabe mais aos julgadores valorar o que caracteriza ou não inobservância aos princípios.

Tangente as condutas taxativas previstas no artigo 11, houveram certas modificações. Foram revogados os incisos I, II, IX, X e adicionadas duas novas previsões, uma delas, a prática do nepotismo.

3.2 OS ELEMENTOS SUBJETIVOS

Originalmente, a Lei nº 8.249/92 não continha previsão expressa do elemento subjetivo como requisito tipificador das condutas contidas nos artigos 9º e 11. A única menção à exigência de dolo ou culpa apresentava-se no artigo 10, qualificado pela presença de ambas modalidades. As Cortes Superiores prontificaram-se a suprir esta lacuna, consolidando, ao longo de quase uma década, o entendimento da responsabilidade subjetiva na improbidade

administrativa, destacando, "não é admissível a imputatio juris de um resultado danoso sem um fator de ligação psíquica que a ele vincule o agente." (GARCIA; ALVES, 2017, p. 599, Edição do Kindle). Portanto, o ato, para que exceda o escopo da ilegalidade e configure-se com ímprobo, requer a existência do elemento volitivo. Nesse sentido, resume o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho no acórdão do REsp nº 1193248/MG:

a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, não são - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, dest'arte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. (STJ, REsp 1193248/MG, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 24/04/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 18/08/2014)

Este pacificado entendimento, também foi matéria de publicação pelo periódico do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Jurisprudência em Teses, 38º edição. O qual utilizou-se de precedentes da Corte Superior dos anos de 2014 e 2015.

É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário. (STJ, Jurisprudências em Teses, 38 ed.)

Com o advento da Lei nº 14.230/21, a responsabilidade subjetiva perdura. Agora, no entanto, de maneira expressa no texto legal, com a inserção do adjetivo "doloso" ou "dolosa" em todos os três artigos que compõem o capítulo dos atos de improbidade. Encerrando-se, assim, qualquer possível entendimento contrário ou modificação jurisprudencial.

Em um mesmo momento, assegurado o caráter subjetivo da responsabilidade, ocorreu a alteração quanto à modalidade de dolo do qual dispõe LIA. A lei originária, ao omitir-se quanto ao elemento subjetivo, deixava em aberto a forma do mesmo, incumbindo a jurisprudência, mais uma vez, oferecer esclarecimento. Consoante o posicionamento vigente até 25 de outubro de 2021, o elemento volitivo que fazia-se presente era o dolo genérico. O Agravo Interno no Recurso Especial nº 1872310/PR, julgado em 05 de outubro de 2021, poucos dias antecedente a reforma legislativa, reverberou a tese:

Esta Corte Superior possui entendimento uníssono segundo o qual, para o enquadramento da conduta no art. 11 da Lei 8.429/1992, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo genérico, dispensando-se a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente. (STJ - AgInt no REsp 1872310/PR, Relator: Min. Benedito

Gonçalves, Data de Julgamento: 05/10/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 08/10/2021)

A doutrina consagra o conceito de dolo genérico como "mera vontade de praticar o núcleo da ação típica (o verbo do tipo)" (CAPEZ, 2019, p. 281). Portanto, bastava a prática intencional de conduta enquadrável nos caputs genéricos dos artigos 9º, 10 e 11, sem qualquer finalidade específica ou qualificada, para possível penalização nos termos da Lei nº 8.249/92.

Ao fazer menção explícita ao dolo em múltiplos trechos, incluiu-se a definição do entendimento de dolo nos termos da LIA. Delineado pelo recém-chegado § 2º do artigo 1º, dolo é "a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado" (BRASIL, 1992). Tem-se, portanto, caracterizado o dolo específico, modalidade singularizada, na qual "a consciência e a vontade a respeito dos elementos objetivos, não basta, pois o tipo exige, além da vontade de praticar a conduta, uma finalidade especial do agente." (CAPEZ, 2019, p. 282). Clarificando, tipifica-se a realização do comando expresso concomitante a finalidade ilícita.

Em menos de um ano da reforma na lei, ela já foi matéria repetitiva no Superior Tribunal de Justiça, servindo na fixação do tema 1108, firmado pela desclassificação como improbidade administrativa da contratação de servidores temporários sem realização de concurso público, se embasando em lei local. Pontuado nos acórdãos precedentes:

O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso para o reconhecimento da improbidade, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa, ex vi do art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.429/1992, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado. (STJ, REsp 1913638/MA, Relator: Min. Gurgel de Farias, Data de Julgamento: 11/05/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 24/05/2022)

Não limita-se ao dolo as modificações, o legislador buscou também excluir a modalidade culposa contida no artigo 10. A passo que, atualmente, todos os atos de improbidade administrativa só são sancionáveis se realizados dolosamente. Assim como ocorreu em outros aspectos da LIA, esta decisão pela dissipação da culpa se deu em conformidade com posicionamentos doutrinários recorrentes. O elemento subjetivo da culpa sempre foi considerado como excepcional aos atos de improbidade administrativa, e mesmo assim, reservava-se sua possibilidade apenas para a culpa grave. Conforme predomina o entendimento doutrinário, "só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade

funcional pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave" (MATTARAIA; SILVEIRA; LUCCHESI, 2020, p. 98).

Conforme defendem uma corrente doutrinária, mesmo a culpa grave foge do desígnio contido na LIA, a qual “tem por finalidade punir o administrador ímprobo, desonesto, ou seja, aquele que atentou contra “a probidade na administração” (CF/88, art. 85, V), não o que agiu com imprudência, negligência ou imperícia.” (MEIRELLES, 2016, p. 136).

A alteração da lei, no entanto, não torna impune os atos praticados de forma culposa, estes permanecem sancionáveis em conformidade com outros dispositivos legais integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, em diversas instâncias, seja administrativa, civil ou penal.

Subsistindo a possibilidade de responsabilização em outras instâncias, a atualizada versão da lei busca não desperdiçar todo o realizado na Ação de Improbidade Administrativa até a constatação de ausência de dolo. O artigo 17, § 16, surge para surtir este exato efeito, permitindo a conversão em Ação Civil Pública.

O problema identificado se dá quanto aos processos já julgados e os que se encontram em andamento. Se a culpa não mais gera improbidade, como ficam todos os agentes já condenados ou acusados na modalidade culposa? Seguindo em torno da previsão de aplicação do Direito Administrativo Sancionador, de forte comparação ao Direito Penal, questionou-se a possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Conforme já discutido anteriormente, a questão foi tema central do julgamento do ARE nº 843.989, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2022.

4 A LEGITIMIDADE PRIVATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Anterior a Lei nº 14.230/21, a legitimidade para propositura de Ações de Improbidade Administrativa era concorrente entre o Ministério Público e qualquer pessoa jurídica interessada. Com a promulgação da lei, a alteração dos artigos 17 e 17-B limitou a legitimidade ativa ao Ministério Público, tanto para a interposição da ação, quanto para a celebração de acordo de não persecução civil.

Ao optar pela legitimidade privativa, o legislador tenta tornar o Ministério Público o *dominus litis* das Ações de Improbidade Administrativa, da mesma forma que ocorre na Ação Penal Pública, conforme artigo 129, I, da CF. Deste último dispositivo, retira-se a interpretação: "no fundo, o Ministério Público é o agente do *jus perseguendi* pelo qual se busca a efetivação do *jus puniendi*" (SILVA, 2009, p. 601), reiterando a tendência legislativa de aproximação da improbidade administrativa com a sistemática do Direito Penal por conta do seu teor sancionador.

Em resposta às ações já em curso ajuizadas pela Fazenda Pública, o artigo 3º da Lei nº 14.230/21, concede ao Ministério Público o prazo de um ano para substituir o órgão restringido no polo ativo da demanda. Aplicando-se a suspensão dos processos até sua comutação e podendo incorrer na extinção sem julgamento do mérito.

A legalidade da redação nova dos dispositivos foi alvo de diversas críticas, resultando no acionamento do Supremo Tribunal Federal por meio das ADI nº 7.042 e ADI nº 7.043, propostas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) e Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE), respectivamente.

Arguem ambas as Associações inegável ofensa aos preceitos do artigo 23, I, da Constituição Federal aos entes públicos competência comum para zelar seu próprio patrimônio, "*compreendido no seu sentido amplo, que abarca a reserva moral e ética da Administração Pública brasileira*" (STF, ADI nº 7.042, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento 18/02/2022, Tribunal Pleno). Ainda, como fato, as pessoas jurídicas de direito público são os maiores interessados na defesa do bem jurídico tutelado pela LIA. A importância da pessoa jurídica interessada na redação anterior da LIA era considerável, ao ponto de ser exigida sua atuação no processo como litisconsorte caso a propositura da ação partisse do Ministério Público. Acarretando, a sua exclusão como legitimados, em significativo retrocesso no combate à improbidade administrativa e violação ao princípio do amplo acesso à jurisdição.

Ressalvado o caráter coletivo da Ação de Improbidade Administrativa. A Constituição Federal, no artigo 129, III, institui ao Ministério Público a função de promover Ações Cíveis Públicas na defesa de interesses difusos e coletivos. O § 1º, entretanto, garante a terceiros interessados a legitimação ativa concorrente ao MP.

Buscou esquivar-se da limitação constitucional com a implementação do artigo 17-D, pelo qual diferencia-se a Ação de Improbidade Administrativa da Ação Civil Pública, que até então era usada para aplicação da LIA. O referido artigo firma entendimento contrário à jurisprudência anterior, consagrados nos itens 1 e 2 do periódico do Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudência em Teses, 186º edição. Embora legislativamente separado da Ação Civil Pública, permanece o ânimo coletivo *lato sensu* dos bens jurídicos tutelados pela LIA, perseverando a essencialidade de legitimação das pessoas jurídicas interessadas.

Sustenta-se também a inconstitucionalidade formal do § 20 do artigo 17, que impõe a defesa do administrador público ímprobo para os órgãos de Advocacia Pública que emitir parecer no caso. Incorrendo no descumprimento do Pacto Federativo, "*notadamente no que se refere à disposição da estrutura organizacional e das atribuições dos órgãos da advocacia pública*" (STF, ADI nº 7.042, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento 18/02/2022, Tribunal Pleno, p. 04).

Em decisão final proferida pelo tribunal em 31 de agosto de 2022, os pedidos das ADIs foram julgados parcialmente procedentes. Primeiramente, constatarem-se totalmente constitucionais o § 14 do artigo 17, sobre a intimação para intervenção de terceiros, e o artigo 4º, X da Lei nº 14.230/21, que revogou §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 8º, 9º, 10, 12 e 13 do artigo 17. Declarado completamente inconstitucional, foi o artigo 3º da Lei nº 14.230/21, o qual confere o prazo de um ano para substituição do polo ativo em ações não propostas pelo MP.

A inconstitucionalidade parcial, divide-se em duas espécies. Sem redução de texto, foi declarado o artigo 17, *caput* e §§ 6º-A e 10-C e 17-B, *caput* e §§ 5º e 7º, buscando afastar a legitimidade privativa do MP. Com redução de texto, o § 20 do artigo 17, retirando a obrigatoriedade de defesa imposta a Advocacia Pública, tornando-a facultativa.

5 RECEBIMENTO DA INICIAL

Os requisitos de recebimento da petição inicial são de suma importância, ditando se prosseguirá ou não a Ação de Improbidade Administrativa. Na vigência do texto anterior, bastava apresentar indícios que remetesse a ocorrência de um ato ímprobo. A aferição prévia

quanto à suficiência era ditada pelo princípio do *in dubio pro societate*. Matéria consolidada no periódico do Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudência em Teses, 38ª edição, item 5: "A presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do *in dubio pro societate*." (STJ, Jurisprudências em Teses, 38 ed.).

A re-sistematização do artigo 17, tornou mais rigorosas as exigências na inicial. Dita o inciso I do § 6º a individualização da conduta do agente acusado, demonstrando tanto a prática de conduta enquadrada no artigo específico do capítulo II ao qual lhe foi imputado, bem como, suficientemente apresentar comprovação de autoria pela anexação na inicial de documentos suportando a veracidade das alegações e a presença do dolo específico na atuação do agente. A desobservância dos requisitos elencados acarreta na rejeição da inicial.

Mais uma vez, o direito penal surge como figura de influência. Em seu âmbito, o princípio do *in dubio pro societate* não é regra no processo penal, optando-se pelo princípio do *in dubio pro reo*. Em matéria de improbidade administrativa, sua aplicação era consolidada, atrelada à defesa do interesse público. Entendimento que perdurou até mudança da efetiva da lei, a exemplo, julgado em 28 de setembro de 2021, cerca de uma vez antes da publicação da Lei nº 14.230/21, reitera o Superior Tribunal de Justiça no Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.570.000/RN:

Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, presentes indícios de cometimento de ato ímprobo, afigura-se devido o recebimento da ação de improbidade, em franca homenagem ao princípio do *in dubio pro societate*, vigente nesse momento processual, sendo certo que apenas as ações evidentemente temerárias devem ser rechaçadas. (STJ AgInt no REsp 1.570.000/RN, Relator do Acórdão: Min. Gurgel de Faria, Data de Julgamento: 28/09/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 17/11/2021)

Porém, pontuado no voto do Ministro Relator do Acórdão Gurgel de Faria, o recebimento da inicial deveria pautar-se não apenas no referido princípio, mas também arguir a força dos indícios apresentados.

A atualização da norma limita o recebimento da inicial com fundamento no princípio do *in dubio pro societate* e acresce o rigor probatório requerido na propositura da ação, espelhando-se, indubitavelmente, nos processos criminais. Em última ressalva, a rejeição da inicial nos mencionados termos, não impede repropositura melhor instruída.

6 INFLUÊNCIA DA INSTÂNCIA PENAL

Além da mencionada aproximação da LIA com a esfera penal, a reforma feita pela Lei nº 14.230/21, incorreu na maior influência das instâncias penais nas Ações de Improbidade Administrativas, com a redação dos §§ 3º e 4º. Agora, a absolvição criminal impede a responsabilização por improbidade administrativa sobre o mesmo fato. O único requisito imposto para a comunicação de instâncias é a confirmação por órgão colegiado da decisão *a quo*.

Anteriormente, a incidência da instância penal no cível já existia, mas de forma limitada. Por força do artigo 65 e interpretação do artigo 66 do Código de Processo Penal (CPP), comunicava-se apenas a constatação de excludentes de ilicitude. Agora, todos os fundamentos absolutórios do artigo 386 incidem sobre a responsabilização por improbidade administrativa nos termos da LIA.

Ademais, a instância penal não é a única a produzir efeitos nas ações de improbidade, estende-se a influência aos processos cíveis. Decretadas a incorrência da conduta ou negativa de autoria, em qualquer uma das duas instâncias, incorrerão consequências na improbidade. A única instância a permanecer completamente independente, se por escolha ou simples omissão, é a administrativa. No qual a aplicação ou não de sanções, independe para o processo de improbidade.

7 NOVO REGIME PRESCRICIONAL

Comum a outros institutos do direito, a Lei nº 8.249/92 sempre apresentou previsão prescricional. Entretanto, por quase trinta anos, se deu de forma simplória e insuficiente. O capítulo da prescrição era formado por apenas um artigo e dois incisos no texto original, com a inclusão de um terceiro inciso em 2014. A medida legal limitava-se a determinar prazo para ajuizamento da ação, sem apresentar qualquer outra particularidade, contagem de cinco anos

com diferentes *dies a quo*, do fim de mandato ou da prestação de contas final. Nos casos de previsão por lei especial de faltas disciplinares, prevalecia o prazo prescricional nelas contido.

A Lei nº 14.230/21 expandiu o capítulo da prescrição. Em matéria do prazo prescricional, unificou no *quantum* de oito anos, iniciados da data de ocorrência do fato ou cessação de sua permanência. Apesar de retardar em três anos a prescrição, há argumentos benéficos ao sujeito ímprobo. Levando-se em consideração os atos praticados no início do mandato, o prazo prescricional de cinco anos seria ainda somado ao tempo restante no exercício da função. No caso de dois mandatos consecutivos, nas lições de Garcia e Alves (2017), o início da contagem do prazo se dá a partir da dissolução do segundo mandato, independentemente de qual dos dois viu-se marcado pela ocorrência da conduta. Entendimento também firmado no periódico do Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudência em Teses, 38º edição, item 14.

Inovando, surgem hipóteses de suspensão e interrupção do prazo prescricional, bem como, a inclusão da modalidade de prescrição intercorrente, estabelecida como metade do prazo para exercício da pretensão de punibilidade, ou seja, de quatro anos. Uma vez decretada uma interrupção e iniciada nova fase processual nos termos do § 4º, inicia-se a contagem da prescrição intercorrente.

Por demonstrarem-se benéficas ao acusado, a aplicação temporal das mudanças prescricionais foi colocada em debate no Supremo Tribunal Federal, conforme ARE nº 843.989. Em voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, ele destacou a ocorrência da prescrição como decorrente da inércia e ineficiência do Estado. Partindo-se da premissa apresentada, é impensável a aplicação retroativa do prazo prescricional, considerando que o Poder Público agiu em completa conformidade com os termos vigentes à época.

Fundamentando ao final, a impossibilidade de retroatividade do prazo prescricional "em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa." (MORAES, 2022).

Em decisão final proferida no dia 18 de agosto de 2022, o STF concluiu pela irretroatividade do novo regime prescricional, permitindo-se a aplicação dos novos marcos temporais apenas da data de publicação da Lei nº 14.230/21.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ex positis, é perceptível a extensividade com que a Lei nº 14.230/21 impactou o instituto da improbidade administrativa, principalmente, nos seus aspectos processuais. Algumas das mudanças, meramente buscaram explicitar no texto legislativo temas pacificados tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência. A exemplo, a responsabilidade subjetiva nos artigos 9º, 10 e 11. Em outro aspecto, certas alterações subverteram teses repetitivas que há muito vinham sendo aplicadas. Como o caso do dolo genérico e da congruência entre Ação de Improbidade Administrativa e Ação Civil Pública.

Nitidamente, o principal efeito decorrente da reforma é uma re-sistematização da Lei de Improbidade Administrativa, buscando conferir a esta aplicabilidade de princípios e garantias intrínsecas do Direito Público Sancionador., aproximando-a do Direito Penal através da aplicação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador. Ainda, afastando características naturais do sistema processual dos interesses coletivos, exemplificados pela tentativa de privatização da legitimidade ativa e proibição de congruência com a Ação Civil Pública.

Um efeito secundário, mas não menos importante, decorre da complexação do sistema punitivo contido na LIA, demonstrado um significativo acréscimo de dispositivos e regras materiais e processuais. Evidente no regime prescricional, embora unificado *dies a quo*, passou a aplicar-se na fase processual na forma intercorrente, regulado pelo ampliado rol de parágrafos.

Por fim, observando-se o primeiro ano de vigência das alterações acarretadas pela Lei nº 14.230/21, é notável a repercussão ganhada pelo tema na mídia e o recorrente acionamento do Supremo Tribunal Federal para pacificação de mais de uma matéria decorrente da reforma. Indicando um sistema doutrinário e jurisprudencial em formação, especialmente em relação ao Direito Administrativo Sancionador, foco de estudo de poucos juristas brasileiros até então.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/L14230.htm#art2. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.570.000- RN. Recorrente: J I D OR. Recorrido: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Relator do Acórdão: Min. Gurgel de Farias. Brasília, Data de Julgamento: 28 set. 2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 17 nov. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=137387945&num_registro=201503030264&data=20211117&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1872310 - PR. Recorrente: Luiz Eduardo Cheida. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, Data de Julgamento: 05 out. 2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 08 out. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=136981056®istro_numero=201903776705&peticao_numero=202000829991&publicacao_data=20211008&formato=PDF. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências em Teses. 38. ed. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências em Teses. 186. ed. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial com Agravo nº 843.989/PR. Recorrente: Rosemery Terezinha Cordova. Recorrido: INSS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, Data de julgamento: 15 jun. 2021, Tribunal Pleno, Data de publicação: 21 jun. 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-HC_636054_f8a6a.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1667951078&Signature=dM8nRpxZab9GBcLUHEjyUM5Msfo%3D. Acesso em: 08 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 765.212/AC. Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre. Recorrido: Francisco Batista e Souza e Outro. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, Data de julgamento: 02 mar. 2010, Segunda Turma, Data de publicação: 23 jun. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4702977&num_registro=200501086508&data=20100623&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1193248 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Serra de Salitre. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, Data de Julgamento: 24 abr. 2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 18 ago. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31415825&num_registro=201000840422&data=20140818&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1913638 - MA. Recorrente: Ministério Público do Estado do Maranhão. Recorrido: Jânio de Souza Freitas. Relator: Min. Gurgel de Farias. Brasília, Data de Julgamento: 11 mai. 2022, Primeira Turma, Data de Publicação: 24 mai. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=154493697&num_registro=202003436012&data=20220524&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7042/DF. Recorrente: Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Recorrido: Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, Data de julgamento: 31 ago. 2022, Data de publicação: 02 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7043/DF. Recorrente: Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. Recorrido: Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, Data de julgamento: 31 ago. 2022, Data de publicação: 02 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Federal da 5ª Região. Apelação Civil nº 0001206-86.2015.4.05.8103. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ricardo das Chagas Souza. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, Data de Julgamento: 23 nov. 2021, Segunda Turma, Data de publicação: 25 nov. 2021. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2021/11/PJE/00012068620154058103_20211125_224611_405000029046121.pdf. Acesso em: 25 set. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1, parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em: 25 set. 2022.

LEONEL, Ricardo Barros. Nova LIA: aspectos da retroatividade associada ao Direito Sancionador. Consultor Jurídico. 17 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-17/leonel-lia-retroatividade-associada-direito-sancionador>. Acesso em: 25 set. 2022.

MATTARAIA, Fabiana de Paula Lima Isaac; SILVEIRA, Sebastião Sérgio; LUCCHESI, Érika Rubião. Elemento Subjetivo da Improbidade Administrativa e Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Tributário**. nº 82, set-out/2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador**: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORAES, Alexandre. Voto em Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE843989LIA.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 8.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Submetido em 10.10.2022

Aceito em 12.12.2022